THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 8.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÉORIE DES RISQUES ET DES FAUTES

DANS

LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

En Droit Romain et en Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

Le 21 décembre 1882, à 3 heures du soir

PAR

JOSEPH HOUËIX

AVOCAT

Lauréat du Concours de Doctorat de la Faculté de Droit de Caen

SAINT-LO

IMPRIMERIE JEAN DELAMARE, RUE DE LA PAILLE

—

1882

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÉORIE DES RISQUES ET DES FAUTES

DANS

LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

En Droit Romain et en Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

Le 21 décembre 1882, à 3 heures du soir

PAR

JOSEPH HOUËIX

AVOCAT

Lauréat du Concours de Doctorat de la Faculté de Droit de Caen

SAINT-LO

IMPRIMERIE JEAN DELAMARE, RUE DE LA PAILLE

—

1882

A MON CHER & VÉNÉRÉ MAITRE

MONSIEUR JULES CAUVET

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545816_0001

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

A MON PÈRE

A MON FRÈRE — A MA BELLE-SŒUR

A ma Famille — A mes Amis

SUFFRAGANTS :

MM. BAYEUX, *Professeur.*

CAUVET, *Id.* *Président.*

TOUTAIN, *Id.*

VILLEY *Id.*

GUILLOUARD, *Agrégé.*

INTRODUCTION.

Toute obligation se compose nécessairement de trois termes : un créancier, qui stipule, un débiteur qui promet, et un objet, à l'occasion duquel concourent les volontés des deux parties. Cet objet peut périr entièrement ou subir une détérioration partielle, et, alors, il devient nécessaire de déterminer lequel, du créancier ou du débiteur, doit supporter cette perte ou cette détérioration. Elles peuvent résulter, soit d'un cas fortuit ou de force majeure, que nul n'aurait pu empêcher, soit d'une faute ou d'un délit émanant de l'une ou de l'autre des parties : et la responsabilité variera selon qu'il y aura force majeure ou faute.

Nous traiterons de la première hypothèse en formulant la théorie des risques ; nous nous occuperons de la seconde en traçant la théorie des fautes.

Notre dessein n'est pas de prendre une à une les différentes espèces d'obligations reconnues en Droit romain et en Droit français, pour nous demander qui doit, dans chaque espèce, supporter la perte en cas de détérioration : la tâche serait trop vaste. Nous nous proposons simplement d'étudier les principes pour arriver, autant qu'il est possible dans une matière aussi délicate et aussi controversée, à une théorie générale, que nous nous contenterons d'appliquer aux contrats les plus usuels.

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE

DES RISQUES DANS LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

Nous allons nous placer d'abord dans l'hypothèse où la chose due a péri ou a été détériorée par cas fortuit ou force majeure et rechercher pour lequel, du débiteur ou du créancier, doit être le risque, c'est-à-dire qui en doit supporter la perte.

Il convient d'abord de déterminer dans quels cas on peut dire qu'il y a eu cas fortuit ou force majeure, *casus* ou *vis major*, comme disent les jurisconsultes romains.

Voici d'abord ce qu'Ulpien nous dit de la force majeure, *vis major* : « *Vim cui resisti non potest, ut puta*

fluminum, graculorum, sturnorum. » (D. 19, 2, *locati conducti*, loi 15, § 2.) Et il définit le cas fortuit : « *Fortuitos casus nullum hominum consilium providere potest.* » (D. 50, 8, l. 2, § 7).

L'on voit que le cas fortuit et la force majeure se supposent réciproquement et sont une même chose sous deux noms différents : c'est un événement qu'il est ordinairement impossible de prévoir, et que, alors même qu'on l'aurait prévu, on n'aurait pu empêcher. Par où l'on voit que celui qui est victime n'a rien à se reprocher et n'a pas commis la plus légère imprudence. C'est ce qui distingue, ainsi que nous l'avons dit, la théorie des *risques* de celle des *fautes*. La limite est plus difficile à tracer qu'on pourrait le croire, et, pour ne pas empiéter d'un domaine sur l'autre, nous nous en tiendrons rigoureusement à la définition que nous venons de donner. Nous supposerons toujours que le débiteur n'est pas en demeure et nous renverrons à la théorie des fautes, l'examen des questions relatives aux effets de la *mora*.

C'est seulement lorsque l'objet de l'obligation est un corps certain, déterminé *in specie*, individuellement, qu'il est délicat de savoir qui doit supporter le risque, la perte de cet objet. Car si l'objet promis n'a pas d'individualité, d'existence propre et distincte, comme s'il

s'agit de sacs de blé en général, d'un *genus*, il n'est pas douteux que le débiteur ne doive en supporter la perte, puisqu'il pourra toujours se procurer d'autres sacs de blé. C'est ce qu'on exprime par le brocard : « *genera non pereunt.* »

Les obligations peuvent se former de deux manières : ou bien une seule personne s'engage à livrer à une autre un objet, sans que cette dernière promette rien en échange : alors on dit que l'obligation est unilatérale, parce qu'il n'y a qu'une personne d'engagée. Ou bien deux personnes s'engagent réciproquement : l'une à donner tel objet à l'autre, moyennant que celle-ci lui fournisse en retour un équivalent, alors l'obligation est dite synallagmatique, parce que les parties sont liées entre elles par une double et réciproque obligation. Nous examinerons dans deux chapitres distincts, par qui doivent être supportés les risques : 1° lorsque l'obligation est unilatérale ; 2° lorsque l'obligation est synallagmatique.

CHAPITRE Ier

DES OBLIGATIONS UNILATÉRALES.

Rappelons d'abord les principes : le débiteur d'un corps certain est libéré, lorsque un cas fortuit détruit l'objet de l'obligation et le met dans l'impossibilité de l'exécuter : « *Interitu rei certæ liberatur debitor.* » Les risques sont donc à la charge du créancier : *res perit creditori.* Ceci posé, le règlement des risques, dans les obligations qui nous occupent, va être bien simple. Il n'y a qu'une des parties d'obligée, il n'y a qu'un débiteur, ce débiteur est libéré par la perte fortuite, le créancier ne recevra rien : mais comme il n'a rien à fournir, il ne peut se plaindre. L'objet a-t-il été simplement détérioré, le créancier devra le prendre tel qu'il

est au moment de l'exécution de l'obligation, sans pouvoir élever aucune réclamation.

Faisons maintenant l'application de ces principes aux différentes obligations unilatérales connues en droit romain.

Ecartons d'abord le *mutuum*, qui ne rentre pas dans l'hypothèse par nous prévue. En effet, ce contrat se formant par la translation de la propriété des choses prêtées, à la charge par l'emprunteur d'en restituer de pareilles, il devient débiteur d'un genre, il devra donc toujours en supporter la perte, puisqu'il pourra se procurer des objets semblables. C'est ce que nous dit Gaïus : « *Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet.* » D. l. 44, t. 7, de oblig. et act. l. 1. § 4.

Nous pouvons appliquer nos principes à la stipulation, qui a, en droit romain, une importance si capitale. Un corps certain a été valablement stipulé, puis il vient à périr ou à se détériorer par cas fortuit. Le débiteur sera complétement libéré dans le premier cas et dans le second, il ne sera tenu à aucune indemnité pour la détérioration survenue, les risques sont pour le stipulant créancier : *res perit creditori*. Cette solution, qui ne peut pas être mise en doute, est du reste consacrée par des textes formels. Voici, notamment, un texte de Pompo-

nius, absolument précis : « *Si, ex stipulatu, hominem certum mihi debeas, non aliter, post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo, eum mihi dares.* » (D. l. 45, t. 1, l. 23 ; l. l. 33 et 83 § 5 eodem).

Il en est de même de l'obligation de l'héritier tenu d'un legs de corps certain : il est libéré par la perte fortuite et le légataire ne peut rien lui réclamer, il est créancier : les risques sont à sa charge : *res perit creditori.*

De même encore dans le commodat, l'emprunteur à usage est libéré par la perte fortuite, les risques sont à la charge du commodant, à la fois propriétaire et créancier. C'est ce que nous apprend Gaïus : « *is qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem amiserit, securus est.* » (D. 44, 7, de oblig. et act. l. 1, § 4.)

La différence de traitement entre l'emprunteur à *mutuum* et l'emprunteur à commodat, s'explique par cette raison que le premier devient, par la translation de la propriété des choses prêtées, débiteur d'un *genus*, tandis que le commodataire, ne devenant pas propriétaire, reste débiteur d'un corps certain. Or, nous connaissons le principe : *interitu rei certæ liberatur debitor.*

Le dépositaire, dans l'obligation du dépôt, est également libéré par la perte fortuite. Les risques sont pour

le déposant, créancier et propriétaire. « *Is etiam,* nous dit Gaïus, *si negligenter rem custoditam amiserit, securus est.* » D. 44, 7, de oblig. et act. l. 1, § 5.

Dans le gage, c'est le débiteur, qui a engagé la chose, qui supporte les risques. Cette qualité de débiteur n'est qu'apparente : en réalité, c'est lui qui est ici créancier au point de vue du gage et son créancier, par l'obligation née du gage, est devenu son débiteur quant à la restitution de l'objet livré. C'est donc encore une application de notre double principe : *res perit creditori ; interitu rei certæ liberatur debitor.*

Nous parlerons, pour terminer, de l'obligation de restituer née, pour le mari, de la *datio dotis.* La dot comprend des immeubles et des meubles, qui n'ont pas été estimés. Le mari devient propriétaire des uns et des autres, avec cette restriction, pour les immeubles, qu'il ne peut ni les aliéner, ni même les hypothéquer. Cela étant, voici comment seront répartis les risques : ceux des immeubles seront à la charge de la femme, puisque le mari est, vis-à-vis d'elle, débiteur de corps certain. Quant aux meubles, par l'effet seul de la *datio dotis*, ils sont devenus la propriété complète et absolue du mari, qui peut en disposer comme il l'entend : mais il reste tenu, vis-à-vis de sa femme, d'une dette de corps certains. Aussi, si ces meubles périssent ou se détériorent,

tant pis pour la femme, qui devra les reprendre dans l'état où ils seront, sans avoir droit à une indemnité. (D. 24, 3, *solut. matrim. ;* l, 26).

Si les choses apportées en dot ont été estimées, comme cette estimation vaut vente et que le mari est réputé avoir acheté la dot moyennant le prix de l'estimation, il devient débiteur de cette valeur, c'est-à-dire d'un *genus* (D. 23, 3, *de jure dotium,* l. 10, § 5, *in fine*) ; et il restera toujours tenu de l'action *de dote*, lors même que la dot viendrait à périr en tout ou en partie. On ne peut plus appliquer la maxime : *interitu rei certæ liberatur debitor*. C'est ce que déclare une constitution de l'empereur Justinien : « *In rebus dotis quidem æstimatis, dominium et periculum mariti est.* » (C. 5, 13, *de rei uxoriæ act.*, l. 1, § 15.)

On le voit, l'application des deux principes, que nous avons posés en commençant, ne souffre pas de difficultés, lorsqu'il s'agit d'obligations unilatérales. La tâche va devenir plus ardue avec les obligations synallagmatiques.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS SYNALLAGMATIQUES.

§ 1er.

Des obligations qui naissent du contrat de vente.

Nous commençons ce chapitre par l'étude de la vente, parce qu'elle est la plus usuelle et la plus importante de toutes les obligations synallagmatiques.

Nous avons dit que dans toutes les obligations de ce genre, il y avait un double lien : il y a deux objets et chaque partie est à la fois créancière de ce qu'a promis l'autre, et débitrice de ce qu'elle même a promis. Ainsi, dans la vente qui nous occupe, le vendeur est créancier du prix et débiteur de la chose ; l'acheteur est créancier

de la chose et débiteur du prix. Quant à l'objet dû par l'acheteur, le prix, il ne peut être question de risques, puisque c'est un genre : *genus nunquam perit.*

Pas de question non plus, relativement à la chose due par le vendeur, lorsque c'est un objet *in genere* ; le vendeur supporterait incontestablement la perte de la chose due, puisqu'il pourrait toujours en trouver une identique.

Pour que la question se pose, il faut qu'il s'agisse d'un corps certain. Deux solutions sont alors en présence : faire supporter la perte au vendeur qui sera libéré de son obligation, mais n'aura pas droit au prix; faire supporter la perte à l'acheteur, qui devra payer son prix comme s'il recevait la chose promise.

L'une ou l'autre solution devra être reçue, selon que la vente sera conditionnelle ou pure et simple.

A. La vente est pure et simple ou à terme, et les parties n'ont pas usé de leur droit de modifier l'attribution des risques, par un *pactum adjectum in centinenti.* Le vendeur dit simplement : je promets de vous procurer, moyennant un prix déterminé, la possession paisible de l'esclave Stichus ; et l'acheteur s'est engagé, de son côté, à payer le prix. Puis Stichus vient à mourir ou il a un bras cassé. Il faut distinguer si l'accident, purement for-

tuit, nous le supposons, est antérieur ou postérieur à la détermination du prix, d'une façon générale, à la perfection de la vente.

1° Il est antérieur : et la perte est totale, dans ce cas, la vente ne pourra se former faute d'objet ; il n'y aura jamais eu de lien d'obligation entre les deux personnes, et la perte sera, par conséquent, pour le propriétaire. C'est la décision expresse de Paul : « *Et, si consensum* » *fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante vendi-* » *tionem esset desierit, nulla emptio est.* » (D. 18, 1, de contrah. empt., l. 15, pr.)

Cette solution serait applicable, lors même que la vente, projetée, comprendrait deux objets, s'ils ont été vendus simultanément, pour un seul et même prix à déterminer, de telle sorte que, dans l'intention des parties, ils forment un tout indivisible : la perte totale de l'un d'eux suffira pour que la vente ne puisse se former, faute d'objet ; et Marcien nous cite l'exemple d'un couple d'esclaves achetés pour un même prix : « *Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.* » (D. l. XVIII, titre I, l. 44.)

Voilà pour le cas de perte totale survenue avant la perfection de la vente : elle ne peut pas se former et les

risques sont pour le prétendu vendeur qui est resté propriétaire pur et simple.

Supposons maintenant que la perte, toujours antérieure à la perfection de la vente, n'est que partielle. Papinien et Paul sont d'accord pour faire une distinction qui nous paraît très-logique : elle est fondée sur l'importance de la dégradation subie.

La chose a-t-elle perdu ses qualités substantielles, si c'est un fonds de terre, les qualités qui ont décidé l'acheteur, la vente est anéantie et la perte sera supportée par le propriétaire : en réalité, il n'y a plus d'objet. (Papinien, 18, 1 D. l. 58). Dans le cas contraire, la vente sera maintenue, mais le fonds n'ayant pas la même valeur, le prix sera fixé équitablement par des arbitres, *boni viri arbitratu.* Ce sera donc encore le vendeur qui supportera les risques.

S'il s'agit d'une maison, Paul nous donne une solution qui nous semble assez critiquable, on ne consulte plus les convenances de l'acheteur, on examine simplement s'il y a plus ou moins de la moitié de la maison de détruite. Dans le premier cas, la vente tombe et le vendeur doit rembourser le prix, s'il l'a touché. Dans le second, la vente est maintenue, mais le prix est diminué à dire d'arbitres: « *æstimatione viri boni arbitratu habita.* » (D. 18, 1, l. 57 pr.) Dans les deux cas, on le

voit, les risques sont pour le vendeur, par cette raison, que, au moment de la détérioration, l'acheteur n'était pas encore créancier, l'obligation n'étant pas parfaite.

2° La vente était *perfecta,* lorsque la perte est survenue. Ici, plus de distinction entre la perte totale ou partielle : la vente est, dans tous les cas, maintenue, et les risques sont à la charge de l'acheteur, devenu créancier d'une manière irrévocable. Il devra payer le prix convenu, sans aucune diminution. Peu importe que la tradition ait été effectuée ou non : même dans ce dernier cas, le vendeur étant demeuré propriétaire, l'acheteur n'en devra pas moins supporter les risques. Ce qui prouve, jusqu'à l'évidence, que, dans toute cette matière des risques, c'est la maxime, *res perit creditori*, et non celle, *res perit domino,* qui doit être appliquée.

Notre règle est contenue dans les Institutes de Justinien, (l. III, t. XXIII, § 3) : « *cum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura agitur, periculum rei venditiæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.* » Cette solution est confirmée par un grand nombre d'autres textes, soit du Code, soit du Digeste. Cependant, plusieurs romanistes la mettent doute. Ils admettent bien que la perte, survenue après la tradition, sera pour l'acheteur; mais ils

se refusent à admettre qu'il en soit encore ainsi, lorsque la tradition n'a pas eu lieu.

Ces auteurs tirent leurs arguments de deux textes de Paul et d'un texte d'Africain.

Le premier jurisconsulte parle de l'hypothèse suivante : des lits ont été vendus et placés sur la voie publique; l'édile, chargé de la police des rues, les a brisés, parce qu'ils gênaient la circulation; et il décide que si les lits n'ont pas été livrés ni l'acheteur mis en demeure, la perte sera pour le vendeur. Très-bien ; mais pourquoi? Parce que le vendeur a commis une faute en déposant les lits sur la voie publique, avant de mettre l'acheteur en demeure d'en prendre livraison, faute qui a amené la destruction des lits par l'édile. Il ne s'agit donc pas de cas fortuits. (D. 18, 6, *de periculo et commodo rei venditæ*, L. 1. XII et XIV, pr.)

L'autre texte invoqué, celui d'Africain, paraît lui aussi parler d'un cas fortuit. Il s'agit d'un fonds de terre vendu, mais non livré et qui est confisqué avant la tradition. Dans ces circonstances, Africain donne à l'acheteur l'action *ex empto* pour obtenir le remboursement du prix; c'est-à-dire qu'il met les risques à la charge du vendeur. L'explication qui se présente tout naturellement à la pensée, c'est que Africain ne voyait pas dans la confiscation un cas fortuit, parce qu'elle émane d'une

cause intelligente et libre. Mais cette réponse n'est pas admissible : car Africain, dans le même passage, assimile la confiscation à un écroulement du sol. Certains auteurs ont voulu voir là encore une faute du vendeur : mais la raison que nous venons de donner indique qu'Africain suppose le vendeur complètement irréprochable. S'il était en faute, d'ailleurs, Africain ne l'affranchirait pas, comme il le fait, de tous dommages intérêts. (D. l. 19, t. 2, loc. cond., l. 33.)

Bien d'autres explications ont été proposées : aucune, il faut l'avouer, n'est satisfaisante. Il n'est pas permis de douter qu'Africain ne décide, dans ce texte, d'une manière générale, que les risques restent à la charge du vendeur, jusqu'à la tradition. Mais ce texte, placé au titre du louage, ne saurait infirmer le passage formel des Institutes, ainsi que les lois suivantes : D. 18, 1, *de contrah. empt.*, l. 34, § 6; C. l.l. 4 et 6 *de peric. et com. rei venditæ*, 4, 48.

Au reste, nous en appellerons d'Africain à Africain lui-même, qui dans la loi 39 D. de *solut.*, 46, 3, dit précisément le contraire de ce qu'il a dit au titre du louage et met les risques à la charge de l'acheteur. Tout ce qu'on pourrait conclure de ce que dit Africain au titre du louage, c'est que, de son temps, la question était controversée : mais, en présence de tous les textes que nous

avons cités, le triomphe de la doctrine qui mettait les risques au compte de l'acheteur, d'un corps certain, même avant la tradition, ne peut être considéré comme douteux. Et l'on peut formuler ainsi le principe à l'aide duquel on réglemente les risques dans la vente pure et simple ou à terme : *res perit emptori.*

Ce principe est-il fondé en raison ? Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer l'obligation du vendeur à celle de l'acheteur. Le vendeur doit un corps certain : ce corps certain détruit, il est libéré, parce qu'il se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, conformément à la règle connue : *interitu rei certæ, liberatur debitor.* L'acheteur, au contraire, doit un genus : il lui sera toujours possible d'exécuter son obligation, parce qu'il trouvera toujours une monnaie quelconque pour payer son vendeur : *genera non pereunt.* Du moment où la vente est parfaite, l'obligation respective du vendeur et de l'acheteur se séparent et acquièrent une existence propre.

Il faut donc, pour la solution de la question des risques, déterminer avec soin le moment où la vente est parfaite. Dans le droit classique, elle le devenait dès que les parties étaient convenues de la chose et du prix. C'est la décision de Paul : « *Si id quod venierit appareat quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit*

perfecta est emptio. » (D. 18, 6, *de peric. et com. rei venditæ*, l. 8, pr.)

Justinien a modifié cet état du droit, pour le cas où les parties auraient décidé de rédiger un écrit ; alors la vente ne devient parfaite qu'après la rédaction de cet écrit. D'où suit que, jusqu'à cette rédaction, les risques sont pour le vendeur. (C. 4, 21, *de fide instrument.*, l. 17 ; Institutes de Justinien, 3, 23, pr.)

B. Nous arrivons à l'étude des ventes conditionnelles. La condition qui affecte la vente peut être ou suspensive ou résolutoire. Suspensive, si les parties se sont ainsi exprimées : « Je vous vendrai Stichus, si tel navire arrive d'Asie. » Résolutoire, au contraire, si elles ont dit : « Je vous vends Stichus, mais la vente sera résolue si, d'ici les calendes prochaines, je trouve à le vendre à de meilleures conditions. » Le droit civil, qui pendant longtemps ne reconnaissait pas la condition résolutoire dans les translations de propriété, ne l'a pas toujours reconnue dans l'exécution des obligations personnelles. Mais le préteur donnait au débiteur sous condition résolutoire, l'exception *pacti conventi* pour repousser la demande du créancier formée après l'arrivée de la condition résolutoire. Par ce correctif, il faisait prévaloir la volonté des parties sur la rigueur du droit.

Le droit civil faisait exception pour la vente et probablement aussi pour les autres contrats consensuels : il reconnaissait que la condition résolutoire pouvait valablement affecter un contrat de vente. Nous aurons donc à examiner la question des risques dans une double hypothèse : 1° Celle de la vente sous condition suspensive ; 2° celle de la vente sous condition résolutoire.

1° Vente sous condition suspensive. — La perte, que nous supposons, bien entendu, fortuite et survenue avant l'évènement de la condition, *pendente conditione*, a pu être ou totale ou partielle.

A. La perte a été totale : elle est pour le vendeur, c'est lui qui doit supporter les risques, que la condition s'accomplisse ou non, postérieurement à la perte. La raison en est facile à saisir : au moment où la condition se réalisera, l'objet n'existant plus, la vente ne pourra pas se former : l'obligation du vendeur de livrer ne peut naître, ni, par conséquent, celle de l'acheteur de payer son prix, car elle ne peut naître que corrélativement à celle du vendeur. Les risques seront donc pour le propriétaire, qui n'aura jamais été débiteur ni vendeur : « *quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur.* » (D. 46, 2, l. 14 pr.) Cette décision d'Ulpien est confirmée par Paul, dans des termes exprès : « *quod si sub*

conditione res venierit, si quidem defuerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio. »

B. La perte n'a été que partielle : l'objet n'a subi qu'une simple détérioration. Dans ce cas, l'objet existant au moment de l'événement de la condition, le contrat se forme, et comme la condition rétroagit, la vente est réputée parfaite du jour de la convention, comme si elle avait été pure et simple : or, nous savons que, dans la vente pure et simple, les risques sont pour l'acheteur, du jour où la vente est devenue *perfecta*. C'est encore la décision de Paul : « *Sane, si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris* » *(loc. cit. pr. in fine.)*

Si la perte, partielle ou totale, survenait après l'événement de la condition, il va sans dire que l'acheteur la supporterait, puisque la vente est devenue pure et simple.

2° Vente sous condition résolutoire. — Les principales conditions résolutoires connues en droit romain étaient opposées à la vente, sous forme de pactes : c'étaient 1° l'*in diem addictio ;* 2° la *lex commissaria ;* 3° le *pactum ad comprobationem ou displicentiæ.*

1° *In diem addictio.* Le vendeur se réservait le droit de rompre la vente qu'il consentait et de vendre l'objet

à un autre, si, dans un délai donné, il trouvait des conditions meilleures, sous un rapport quelconque, soit pour le prix, soit pour les garanties, soit relativement au terme, ou au lieu de paiement ou aux charges que le contrat lui impose. (D. 18, 2, *de in diem addictione*, ll. I, IV, § 6 et 5.)

2° *Lex commissoria*. Ce pacte donnait au vendeur le droit de résoudre la vente et de reprendre sa chose, si le prix ne lui était pas payé dans un délai déterminé.

3° *Pactum ad comprobationem ou displicentiæ*. La vente avait lieu sous la condition que, si, dans un délai déterminé, la chose cessait de plaire à l'acheteur, il pourrait rompre le contrat et se faire rembourser le prix en restituant la chose.

Pour le compte de qui étaient les risques dans une vente, à laquelle avait été joint un de ces pactes ?

Ils étaient toujours pour l'acheteur, lorsque la perte venait à se produire *pendente conditione ;* et cela est facile à comprendre. Pour ce qui est de l'*in diem addictio*, la condition ne peut plus se réaliser après la perte ou la détérioration : il est impossible que le vendeur trouve des conditions meilleures.

Quant à la *lex commissoria*, cette condition est établie uniquement dans l'intérêt du vendeur : elle est purement potestative et lui seul peut l'invoquer. On pense

bien qu'il ne le fera pas lorsque la chose aura péri, et ainsi l'acheteur se trouvera contraint de payer son prix.

Dans le *pactum displicentiæ,* la condition ne peut pas non plus s'accomplir après la perte de la chose. L'acheteur n'est plus à même de se prononcer sur la qualité ou la convenance de cette chose. Il en est de même de la perte qui n'est que partielle. La chose n'étant plus entière, l'acheteur ne peut pas la juger impartialement. D'ailleurs, permettre à l'acheteur d'invoquer le *pactum displicentiæ,* lorsque la chose s'est détériorée, ce serait mettre indirectement, mais sûrement, les risques à la charge du vendeur. Si la détérioration est quelque peu grave, l'acheteur ne manquerait pas de déclarer que la chose ne lui convient plus. Or, telle n'a pas été l'intention des parties.

Pour ces trois sortes de condition résolutoire, il faut donc décider, sans hésiter, que les risques de la perte, partielle ou totale, sont à la charge de l'acheteur.

Mais en est-il de même, lorsque la condition, qui affecte la vente, n'est pas potestative de la part du vendeur et peut s'accomplir après la perte partielle ou totale de la chose? Il s'agit d'une condition purement casuelle; de la condition classique : « *si navis ex Asia venerit,* » par exemple : la chose périt *pendente conditione.* Pour qui la perte? Il faut distinguer.

Si la condition ne se réalise jamais, si le navire fait naufrage, l'acheteur supportera incontestablement la perte. La condition résolutoire ne suspend point, en effet, l'exécution de la vente : elle est pure et simple, mais elle pourra être résolue si l'événement prévu se produit « *pura emptio quæ sub conditione resolvitur.* » S'il ne produit pas, la vente a été et demeurera toujours parfaite. Donc, dans ce premier cas, pas de difficultés.

L'événement se produit, le navire arrive à bon port : La solution sera-t-elle encore la même et les risques seront-ils toujours pour l'acheteur?

L'affirmative est généralement admise. On dit, en effet, que la résolution est impossible pour deux motifs : D'une part, la résolution ne peut plus s'opérer. Sur quoi porterait-elle? Il n'y a plus d'objet. D'autre part, l'acheteur sous condition résolutoire est un vendeur sous condition suspensive : or, la condition suspensive ne peut pas se réaliser, lorsque l'objet a péri.

Nous répondons que l'existence de l'objet n'est pas nécessaire à l'accomplissement de la résolution, puisque, la condition résolutoire ne suspendant pas l'exécution de l'obligation, elle est devenue parfaite du jour où elle a été conclue, elle existe encore, comme une obligation pure et simple, au jour où la condition s'accomplit et la résolution frappe sur un contrat réellement existant, elle trouve à quoi s'attaquer.

En second lieu, nous ne comprenons pas qu'il soit nécessaire, pour qu'un contrat se résolve, qu'il se forme un second contrat en sens inverse. Dans le pacte à réméré, par exemple, tout le monde reconnaît qu'au moment où le vendeur exerce le réméré, il ne se forme pas de nouvelle vente de l'acheteur au vendeur. Pourquoi vouloir qu'il n'en soit pas ainsi, lorsque la résolution s'accomplit en vertu d'une condition casuelle ? Le contrat se dissout, les liens qui s'étaient formés sont brisés et les parties sont remises en l'état où elles étaient au moment du contrat. Tout cela s'opère par la seule volonté des parties, exprimée lors de la formation de l'obligation. Cette analyse de la manière dont s'opère la résolution, plus simple que celle que nous combattons, nous paraît aussi plus exacte.

Les textes du droit romain la contredisent-ils ? On le prétend. Nous allons les examiner.

Voici d'abord deux textes, au titre du Digeste : *de in diem addictione* (h. 18 t. 2, l. 2 § 1) : « *Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est, Julianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari, et periculum adeum pertinere, si res interierit.* » Ce texte, pris isolément, paraît, nous le reconnaissons, décider, d'une manière générale, que la condition résolutoire met les risques à la charge

de l'acheteur. Mais il ne faut pas le séparer du texte qui le suit immédiatement (l. 3) et qui nous donne la raison du dernier effet de l'*in diem addictio*. « *Quoniam post interitum rei, jam nec afferri possit melior conditio.* » Si la perte est pour l'acheteur, dans l'espèce de la loi 2, c'est que la condition résolutoire stipulée, l'offre de conditions meilleures, ne peut pas se réaliser après la perte de la chose. Donc, par un argument *a contrario*, qui nous paraît ici très-légitime, si la condition est de telle nature qu'elle puisse encore se réaliser après la perte de la chose, la solution devra être toute contraire. Ou telle est la pensée du jurisconsulte Paul, l'auteur du fragment 3, ou sa réflexion ne signifie rien.

Il en est de même d'un fragment de Pomponius (D. 18, 3, l. 2). « *Quum venditor fundi in lege ita caverit : si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse volit, quia id venditoris causa caveretur ; nam, si aliter acciperetur, exusta villa, in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuisset.* »

Cette décision, qui met les risques, le *periculum* à la charge de l'acheteur, est encore toute spéciale à la *lex commissaria*. Il faut bien que le vendeur seul puisse l'invoquer. Autrement, si l'acheteur ne devait pas sup-

porter la perte au cas où la résolution arriverait, il se garderait de payer, pour se dégager ainsi des risques. Le soin, d'ailleurs, que met Pomponius à formuler son hypothèse indique bien qu'il s'agit d'une exception, fondée sur la pure équité, à une règle générale.

Notre conclusion est donc que, dans la vente affectée d'une condition résolutoire casuelle, les risques sont pour le vendeur.

§ 2.

Des obligations qui naissent du contrat de louage.

Le louage ne nous retiendra pas longtemps. Ce contrat n'a pas pour objet la translation de la propriété, mais simplement celle de la jouissance. Le bailleur, *locator*, ne transfère au preneur, *conductor*, que le droit de jouir de sa chose pendant un temps déterminé et moyennant un prix en argent, *merces*.

Il y a deux espèces de louages : le louage de choses et le louage d'industrie. Nous allons rechercher lequel, du *locator* ou du *conductor*, doit supporter les risques dans ces deux contrats différents.

A. Louage de choses. — Ici tous les auteurs sont d'ac-

cord pour reconnaître que les risques sont pour le locateur. Non-seulement il supportera la perte de la chose louée, arrivée par cas fortuit, mais encore il perdra sa *merces*, soit en totalité, si l'objet a péri tout entier, soit en partie et dans la proportion de la diminution de la jouissance, si l'objet n'a subi qu'une détérioration. Cette décision est confirmée par de nombreux textes du Digeste. (Loc. cond. 19, 2, l. l. 33 ; 9, § 1 ; 19, § 6 ; 15, § 1.)

Le locataire est, on le voit, bien mieux traité que l'acheteur; d'où vient cette différence? Elle tient à la diversité des obligations du vendeur et de celles du locateur. Le vendeur ne s'oblige qu'à une chose, transférer la possession paisible de l'objet vendu. L'obligation du locateur, au contraire, est complexe et successive : il s'engage non-seulement à remettre la chose louée au preneur, mais à lui assurer une jouissance continue et non interrompue : cesse-t-il de remplir son obligation, il n'a plus droit à la *merces*, qui ne devient exigible que jour par jour, et à raison de la jouissance procurée.

B. Occupons nous maintenant du louage d'industrie : il se subdivise en louage d'ouvrage et louage de services.

A. Louage d'ouvrage. — Les risques sont-ils ici pour le

locataire, selon la terminologie vicieuse du droit romain, c'est-à-dire pour l'ouvrier qui s'est engagé à confectionner un ouvrage déterminé? Il n'y a pas de question lorsque l'ouvrier fournit la matière sur laquelle il doit travailler, car l'ouvrier est alors censé avoir vendu sa matière à celui qui l'emploie et les risques seront régis d'après les principes que nous avons exposés en traitant de la vente. (Inst. de Just. l. 32. t. 24, § 4.)

Lorsque l'ouvrier, au contraire, ne fournit que son industrie ou des matériaux accessoires, il y a bien alors un véritable louage. (D. h. t. l. 22 § 2.) Qui dans ce cas, supportera les risques? Il faut distinguer deux hypothèses.

1° L'ouvrage a été entrepris en bloc, *aversione :* c'est, par exemple, une maison qu'un entrepreneur a été chargé de construire ; le propriétaire n'est tenu de l'agréer qu'après son entier achèvement. Même jusqu'à ce moment, le risque est pour le propriétaire : l'ouvrage est-il détruit, la perte sera tout entière pour lui, qui devra payer à l'ouvrier son salaire et le prix des matériaux fournis par lui (D. h. t. l. 36.)

Seulement, on présume que la perte provient de la mauvaise façon de l'ouvrage. Ce sera donc à l'ouvrier à prouver qu'il y a eu cas fortuit ; sinon, il supportera la perte. C'est ce que nous dit le jurisconsulte Florentinus,

dans la loi que nous venons de citer : « *Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculo est. Si tamen vi majore opus prius intercederit quam ad probaretur, locatoris periculo est.* » On voit par ce texte que Florentinus a tort de commencer par poser en principe que le risque est pour l'ouvrier, *conductoris periculo est.* Le risque n'est pour lui qu'autant qu'il sera en faute : sa situation n'est pas différente de celle des autres débiteurs. C'est toujours à celui qui se prétend libéré d'une obligation, à prouver que c'est un cas fortuit qui le met dans l'impossibilité de l'exécuter.

Il est vrai que l'ouvrier ayant prouvé le cas fortuit, le propriétaire aurait encore le moyen de se décharger de la perte, en prouvant que l'ouvrage était défectueux, mal fait « *non tale opus ut probari deberet,* » nous dit Javolenus (D. h. t. l. 37.) Mais il n'y a rien là qui contrarie ce que nous avons dit : il ne s'agit plus ici de risques, il s'agit de faute, puisqu'on suppose que l'ouvrage n'est pas tel qu'il aurait dû être. On comprend très-bien que dans ce cas, l'accident fortuit ne mette plus la perte à la charge du propriétaire, car autrement, l'ouvrier se trouverait enrichi par cet accident.

2° L'ouvrage a été entrepris par portions, qui doivent être reçues aussitôt après leur achèvement. — La solution est la même que pour le cas précédent, sauf que par le

mesurage le propriétaire perdra le droit de contester le bon état des travaux et devra supporter irrévocablement la perte, dès que l'ouvrier aura prouvé le cas fortuit; droit qu'il ne perd que par la réception des travaux, lorsque l'ouvrage a été entrepris *aversione*.

B. Quand au louage de services, par lequel une personne se met à la disposition d'une autre, le maître, la question des risques ne s'élève que relativement à l'interruption des services promis. Il faut distinguer si l'interruption occasionnée par cas fortuit met le maître dans l'impossibilité de profiter des services du serviteur ou le serviteur dans l'impossibilité de fournir ses services au maître. Dans le premier cas, le maître n'en doit pas moins la *merces* convenue. (D. h. t. l. 38 pr.) Dans le second cas, par exemple si une maladie est survenue au serviteur, il n'a plus droit au salaire. (Arg. *a contrario* de la loi citée).

§ III.

Des obligations qui naissent du contrat d'emphytéose.

C'est une sorte de bail à long terme. L'empereur Zénon le reconnut comme un contrat nouveau et y atta-

cha une action spéciale. L'emphytéote a plus de droit que le fermier, puisque, tant qu'il paie la redevance promise, il peut exploiter le fonds à son gré, en changer la destination. Si le fonds vient à se détériorer, à périr partiellement, l'emphytéote n'en continue pas moins à devoir la redevance toute entière; il est moins bien traité que le fermier, c'est parce qu'il a des droits plus étendus sur la chose. Mais si la chose périt en totalité, la redevance cesse d'être due, faute de cause. Ici l'emphytéote est traité comme le fermier et mieux que l'acheteur qui aurait acquis un fonds moyennant une rente perpétuelle: la perte de la chose n'éteindrait pas son obligation de payer la rente. Ainsi, l'emphytéote ne supporte que les risques partiels. (Inst. de Just. 3, 24, § 3; Novelle 120 §§ 1 et 2.)

§ IV.

Des obligations qui naissent du contrat de société.

C'est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun soit certaines choses, ou quant à la propriété ou quant à la jouissance, soit leur industrie, pour réaliser un bénéfice qu'elles se proposent

de partager. Les risques seront pour la société, si elle acquière la propriété même des choses, pour l'associé, si elle n'a que la jouissance. Cette distinction est consacrée par un texte d'Ulpien qui cite, en l'approuvant, l'opinion conforme de Celse. (D. l. 58, pr. *pro socio*, 17, 2.) Elle est d'ailleurs fondée en raison. L'associé qui n'a promis que la jouissance en apport, est dans la situation d'un locateur: si la chose périt, il est déchargé à l'avenir de son obligation; mais il ne peut prétendre à une part de bénéfices: la société se dissout, l'associé supporte la perte.

L'associé qui a promis la propriété, est au contraire assimilé au vendeur. Il ne supportera la perte qu'en sa qualité de membre de la société : la société continuera, et l'associé conservera son droit à une part des bénéfices.

Que si l'apport consiste en services ou en industrie, on appliquerait encore les règles du louage. Les risques seront pour l'associé, qui cessera de l'être du jour où il ne lui sera plus possible de fournir ce qu'il a promis.

Mais si l'apport consiste dans une chose *in genere*? par exemple, une somme d'argent? Il faut rechercher à quelle époque la perte a eu lieu. Si elle est arrivée après que l'associé avait mis une certaine somme de côté pour faire son apport, mais alors que cette somme

était encore dans sa caisse, la perte est pour l'associé ; la société est complètement étrangère à la perte qui reste indépendante de la qualité d'associé : on dit alors que la perte a eu lieu *ante collationem*. Si, au contraire, la perte survient pendant le voyage que fait l'associé pour verser son apport dans la caisse sociale, alors, comme les espèces sont bien individualisées et que la société est bien réellement, pour l'associé, l'occasion de la perte, c'est elle qui la supportera. (D. h. t. l. 58 § 1.) On dit alors que la perte se produit : *post collationem*.

§ V.

Des obligations qui naissent des contrats innommés.

On sait que la législation romaine ne reconnaissait pas, dans le principe, tous les contrats comme civilement obligatoires. Certains contrats réels, se formant par l'exécution, *re*, et dont le plus important est l'échange, n'étaient pas sanctionnés par le droit civil, qui ne leur donnait pas de nom. Même lorsque l'une des parties avait exécuté son obligation, elle ne pouvait pas conclure à l'exécution de la convention et forcer l'autre

partie à accomplir ce qu'elle avait promis : il n'y avait pas d'obligation civile.

Ceci posé, prenons l'exemple d'un échange : *Titius* a promis un cheval à *Séïus* à condition que celui-ci lui cède, en échange, l'esclave *Stichus*. *Titius* exécute sa promesse et fournit le cheval ; puis l'esclave *Stichus* vient à périr. Qui supportera la perte? Celse nous dit que ce sera *Séïus*, parce qu'il n'y a pas d'obligation légalement formée : *Titius* pourra donc reprendre son cheval comme s'il ne s'était jamais engagé à rien et *Séïus*, qui est censé n'avoir jamais été débiteur, supportera la perte comme si elle était survenue en dehors de toute convention. Cette solution était encore reçue dans les premiers temps de la jurisprudence classique, au témoignage de Celse. (D. 12, 4, *de cond. causa data*, l. 16.)

Mais bientôt, les progrès de la législation firent reconnaître, comme civilement obligatoires, les contrats innommés : la partie, qui avait exécuté pour sa part la convention, put contraindre l'autre à remplir son obligation, au moyen de l'action *præscriptis verbis*. A partir de ce moment, la partie qui, dans l'échange par exemple, avait fourni l'objet promis, devint civilement créancière de l'autre pour l'objet destiné au contre-échange ; et cette autre devint aussi civilement débitrice de cet objet. Il était donc naturel de régler, d'après les

principes ordinaires, la position respective de ce créancier et de ce débiteur. C'est ce que l'on fit et l'on décida que l'échangiste, qui avait exécuté son obligation, devait supporter les risques de l'objet qui lui était dû, en vertu de la maxime : *res perit creditori*. Cette doctrine déjà reçue du temps de Paul, jurisconsulte postérieur à Celse, (D. 19, 5, *præscr. verbis* l. 5, § 1) finit par être adoptée universellement (C. 4, 6, *de cond. ob causam dat.* l. 10, Dioclétien-Maximien.)

Ainsi s'explique, par la différence des époques et de l'état de la législation, la diversité des solutions données par Celse et par Paul. On a voulu nier qu'il y eût réellement divergence d'opinions, entre ces deux jurisconsultes. Nous croyons qu'on est forcé de la reconnaître, mais que la raison qui précède est complètement satisfaisante.

Même dans le dernier état du droit romain, ce contrat d'échange resta un contrat réel : il ne devenait parfait que par l'exécution. Aussi, l'un des objets venait-il à périr avant toute exécution du contrat, les risques étaient pour le propriétaire, comme si aucune obligation n'avait été formée à son sujet.

Il y a encore un autre contrat innommé important que l'on appelle : contrat *estimatoire*. Une personne remet à une autre des objets pour les vendre, moyen-

nant un prix convenu, avec l'obligation, au bout d'un délai déterminé, de lui rendre les objets eux-mêmes *in specie*, si elle n'a pas pu les vendre, ou de lui remettre le prix fixé. La chose venant à périr avant la vente et à l'expiration du délai, pour qui seront les risques? La loi 17, § 1, *præscr. verbis*, D. 19, 5, répond à cette question par les distinctions suivantes : 1° si ni l'une ni l'autre des personnes n'a pris l'initiative de la convention, qui s'est formée par une rencontre fortuite, on applique le droit commun, le débiteur est libéré par la perte fortuite et les risques sont pour le créancier. 2° Si le créancier a pris l'initiative et est allé prier le débiteur de vouloir bien vendre les objets en question, on applique encore le droit commun et les risques sont pour le créancier. 3° Mais si c'est le débiteur qui a proposé de se charger de la vente, qui a offert ses services, alors, contrairement à la règle générale, les risques seront pour lui. On présume que, par son initiative, il a tacitement consenti à prendre les cas fortuits à sa charge.

La loi 1, § 1, *de æstim.* (D. 19, 3,) semble contredire cette distinction : « *æstimatio autem periculum facit ejus qui suscepit.* » L'antinomie, selon nous, n'est qu'apparente. Ce texte prévoit l'hypothèse la plus ordinaire, celle où le débiteur a pris l'initiative du marché : c'est ce que paraît indiquer le terme « *suscepit.* » En effet,

celui qui vendait ainsi des objets pour autrui était une sorte de commissionnaire, *circitor*, spéculateur besoigneux, qui faisait état d'aller de boutique en boutique recueillir des marchandises pour les vendre. La loi 1, *de æstim.* contient donc une décision incomplète, ce qu'explique le caractére éminemment pratique et commercial de ce contrat. Pour tous les autres contrats innommés, nous pensons qu'il faut s'en tenir à l'application stricte et rigoureuse de la règle : *res perit creditori.*

§ VI.

Des obligations alternatives.

Ces obligations ont pour objet deux ou plusieurs corps certains ; mais le paiement de l'un d'eux, au choix du créancier ou du débiteur, selon les clauses du contrat, éteint complètement la dette.

Prenons l'hypothèse la plus simple et la plus fréquente, celle où le choix ne porte que sur deux objets. Ou le choix appartient au débiteur, ou il a été réservé au créancier.

1° Le choix est au débiteur. Il faut distinguer nécessairement (quoique nous entrions ici sur le terrain de la

théorie des fautes) si le débiteur avait mis ou non le créancier en demeure de recevoir l'un des objets et s'il avait ainsi opéré son choix.

A. Le créancier était en demeure de recevoir l'un des objets ; cet objet vient à périr. La perte sera pour lui, car, par l'effet du choix, il n'y a plus qu'un seul objet renfermé dans l'obligation, elle est devenue pure et simple et: *debitor certæ rei interitu ejus liberatur.* (D. 45, 1, *de verborum obligationibus*, l. 105 ; 18, 1, *de contrah. empt.* l. 34 § 6.)

B. Le créancier n'était pas en demeure de recevoir un des objets, et l'un d'eux périt par cas fortuit. La perte n'est pas pour le créancier, puisque l'obligation ayant encore un objet, peut toujours s'exécuter. Mais que pourra réclamer le créancier ? Pourra-t-il forcer le débiteur à lui fournir l'objet subsistant ? Ou sera-t-il contraint de recevoir, au choix du débiteur, soit cet objet, soit la valeur de celui qui a péri ? Papinien semble pencher vers la première solution, Ulpien se prononce formellement pour la seconde. Voici le passage de Papinien : « *Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest æque peti poterit.* » (D. 46, 3, de *solut.* l. 95 § 1.) Le jurisconsulte paraît bien n'accorder au créancier que le droit de demander l'esclave survivant. La même opinion est adoptée par Paul, en termes très-précis :

(D. 18, 1, de *contrah. empt.* l. 34 § 6; 9, 2, *ad legem aquiliam* l. 55.)

Voici maintenant le passage d'Ulpien : « *sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hestes, dicendum erit præsentem præstari, aut absentis æstimationem.* » (D. 30, *de leg.* 1°, l. 47, § 3.) Rien de plus net : le débiteur, l'héritier dans l'espèce, aura le choix entre la prestation de l'esclave présent ou le paiement de la valeur de celui qui a disparu.

Dumoulin, voulant s'en tenir à l'opinion de Papinien et de Paul, a cherché à écarter ce texte en supposant que le testateur avait prévu le cas de la disparition de l'esclave et avait maintenu, quand même, à son héritier, le droit de choisir. C'est, il faut l'avouer, une hypothèse toute gratuite, qu'aucun passage du texte d'Ulpien n'autorise : il serait facile de concilier ainsi les textes. Il nous paraît meilleur de reconnaître entre les deux textes une antinomie évidente, qui fait croire à une controverse sur ce point entre les jurisconsultes de la grande époque. Lequel des deux systèmes a triomphé? Il est difficile de le savoir. Mais, selon nous, le plus conforme aux principes est celui que soutient Ulpien. Le débiteur doit pouvoir offrir, à son choix, ou l'esclave restant ou la valeur de l'autre. Sans doute, ce n'est pas de l'argent que le stipulant s'était fait promettre ; mais

il faut voir dans la perte de l'un des esclaves, qui ne peut plus être représenté que par son prix, une détérioration partielle. Or, toute détérioration partielle, de même que la ruine totale, est à la charge du créancier, *res perit creditori.* Cette doctrine peut d'ailleurs s'appuyer sur l'autorité de Pothier et de Cujas (*Quæst. Papin.* lib. 28.)

Que si les deux esclaves venaient à périr par cas fortuit, le débiteur serait complètement libéré et le créancier ne pourrait même lui en réclamer l'estimation.

2° Le choix est au créancier. Il faut distinguer si la perte survient avant ou après son option.

A. Survient-elle avant, la perte est pour lui ; ne pouvant plus opter, l'obligation devient pure et simple et son droit est restreint à la chose qui reste.

B. Le créancier avait choisi, lorsque l'un des objets a péri. Ou le débiteur était *in mora :* alors, la mise en demeure ayant fait passer les risques à sa charge, la perte sera pour lui, en ce sens que le créancier peut alors réclamer le prix de l'objet péri; ou le débiteur n'était pas *in mora,* alors il doit uniquement l'objet qui reste, nonobstant le choix du créancier. (D. 46, 3, *de solut.* l. 95, pr.)

§ 7.

Résumé des principes du droit romain sur les risques dans les contrats.

Nous avons pu, à l'aide de la même règle, arriver à un règlement satisfaisant des risques pour tous les contrats que nous avons passés en revue, sauf pour ceux dont le but est de procurer la simple jouissance ou l'usage d'une chose, ou les services d'une personne ; différence qui tient à la nature successive de l'obligation contractée par le débiteur.

Mais dans tous les contrats qui ont pour objet la translation de la propriété d'un corps certain ou d'une jouissance absolue, voici quel est le principe général du droit romain sur la perte de la chose arrivée par cas fortuit : c'est que le créancier supporte cette perte, *res perit creditori*. Certains interprètes, cependant, proposent une règle différente, qu'ils formulent ainsi : « *res perit domino.* » Ils tirent ce brocard d'une constitution de Dioclétien et Maximien, qui déclare que, lorsqu'un objet donné en gage vient à périr, la perte est pour le

débiteur propriétaire, *dominus* et non pour le créancier gagiste. (C. 4, 24, *de pignor. act.* l. 9.)

La réponse est facile : le débiteur, propriétaire du gage, est à la fois créancier relativement à l'objet engagé, créancier de la restitution du gage et c'est en cette qualité, plutôt qu'à titre de propriétaire, qu'il supporte la perte de l'objet engagé.

DEUXIÈME PARTIE

DES FAUTES DANS LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

Nous venons de déterminer qui doit supporter la perte de la chose due lorsqu'elle est causée par un fait purement fortuit, complètement indépendant de la volonté de l'homme. Nous allons rechercher ici sur qui cette perte doit retomber, lorsqu'elle se produit par suite d'un fait ou d'une faute imputable à l'une des parties. Nous disons : imputable ; car si la perte ou la détérioration de la chose due ou, d'une manière plus générale, l'inexécution totale ou partielle de l'obligation n'était que la conséquence de l'usage licite que l'une des parties aurait fait de son droit, elle n'en serait nullement responsable. C'est la décision de Paul : « *Nemo damnum*

facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. » (D. 50, 17, de reg. jur. l. 151).

Ainsi que nous l'avons fait pour la théorie des risques, nous ne nous occuperons que des obligations qui portent sur un corps certain ou sur un fait. Quant à celles qui ont pour objet des choses qui ne sont déterminées que dans leur genre, la question est sans intérêt, puisqu'alors le débiteur, en vertu de la règle, *genera non pereunt*, répond même des cas fortuits qu'il n'a pu ni prévoir ni empêcher.

La perte de la chose due ou l'inexécution de l'obligation provenant du chef du débiteur, peut être causée ou par son dol ou par sa faute.

Qu'est-ce d'abord qne le dol ? Le dol suppose la mauvaise foi. Ainsi, le débiteur commet un dol, toutes les fois qu'il viole sciemment les obligations qu'il a contractées, soit par un fait actif soit par une omission.

La faute, au contraire, exclue toute mauvaise foi, toute mauvaise volonté : elle prend sa source dans l'irréflexion ou la négligence. Elle peut consister comme le dol, soit dans un fait, soit dans une omission. Dans le premier cas, on dit que la faute, *culpa est in committendo ;* dans le second qu'elle est : *in omittendo.*

Les parties peuvent, à leur gré, étendre ou restreindre la responsabilité de chacune d'entre elles, sauf pour le

dol et pour une espèce de faute, qu'on appelle faute lourde : « *culpa lata* » assimilée au dol : « *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur.* »

Mais, lorsqu'elles n'ont rien spécifié, de quel degré de faute chaque partie est-elle responsable ? comment s'apprécie la faute ? est-ce toujours d'une manière uniforme, ou cette appréciation varie-t-elle avec chaque contrat? c'est la grosse question de la matière et les divergences, entre les interprètes, sont nombreuses ; suivons, dans l'exposition des divers systèmes, l'ordre chronologique.

Le premier, qui a pour lui la tradition, a été enseigné dès le onzième siècle. Accurse, Alciat et les autres glossateurs l'ont adopté. Au seizième siècle, il régnait dans l'école française et Cujas ne doutait pas de sa solidité. Doneau seul le battait en brèche. Enfin au dix-huitième siècle, on ne connaissait pas encore d'autre théorie des fautes, car celle de Doneau n'avait pas fait fortune. Pothier se prononçait sans hésiter pour le système de la tradition. Ce système est connu sous le nom de *système des trois fautes*. Comme son titre l'indique, il divise la faute en trois espèces dont la gravité va en s'atténuant : la *culpa lata*, la *culpa levis* et la *culpa levissima*. La *culpa lata* consiste dans une négligence et une incurie plus forte que celle des personnes les moins soigneuses et les plus

stupides « *non intelligere quod omnes intelligunt* » nous dit énergiquement le jurisconsulte Ulpien (D. 50,16 *de verb. signif.* l. 213, § 2), on est présumé ne pouvoir la commettre sans manquer à la bonne foi.

La *culpa levis* consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin dont est capable le commun des hommes. On l'apprécie en prenant pour type une diligence moyenne, commune, celle du bon père de famille, *bonus et diligens paterfamilias.*

Enfin, la *culpa levissima* consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui les soins qu'une personne des plus soigneuses et des plus habiles apporte aux siennes, à manquer à l'*exactissima diligentia* dont est capable le *diligentissimus paterfamilias.*

Tout débiteur n'est pas tenu de cette responsabilité extrême. Sont tenus seulement de la *culpa lata :* les débiteurs dont l'intérêt n'est pas engagé dans l'affaire ; les dépositaires. Sont tenus en plus de la *culpa levis,* les débiteurs qui sont intéressés personnellement au contrat, le vendeur, l'acheteur, le locateur, le locataire, les membres d'une société. Sont tenus même de la *culpa levissima*, les débiteurs qui sont seuls intéressés au contrat : le commodataire.

Le texte qui sert de base à ce système est une loi du Digeste, au titre du *commodat,* (D. 13, 6, *comm.* l. 5,

§ 2) où Ulpien trace les règles de la responsabilité du commodataire et pose en même temps les principes généraux, qui semblent, en effet, conformes à ceux du système que nous venons d'exposer. Il y aurait trois dégrés dans la faute, chaque degré correspondant à une classe de contrats, selon l'intérêt unique ou double des parties.

Une loi de Gaïus (h. t. D. l. 18 pr.) et un passage des Institutes de Justinien (3, 14, § 4) sont aussi invoqués en ce sens.

Nous croyons cependant que ces textes ne renferment nullement la théorie des trois fautes.

Prenons d'abord le texte d'Ulpien, qui semble le plus probant. Il est impossible d'y voir une division des contrats en trois classes. Le principe est posé dans le commencement du paragraphe et ce principe c'est qu'il faut distinguer deux classes de contrats, pour apprécier les responsabilités du débiteur : « *In contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam præstamus.* » Ulpien ne sépare ici le *commodat* des autres contrats que pour déterminer avec précision la responsabilité du commodataire, dont il s'occupe spécialement.

D'ailleurs, si nous prouvons que l'on impose à certains débiteurs, qui ne sont pas seuls intéressés dans le contrat, une aussi grande responsabilité qu'aux com-

mandataires, nous aurons prouvé, par là même, que l'une, au moins, des divisions du système de la tradition est fausse et, par conséquent, le système tout entier croulera.

Or cette démonstration n'est pas difficile. Voici d'abord un fragment émanant d'Ulpien lui-même, sur l'autorité duquel est fondé le système de la tradition, qui assimile complètement le cas où le contrat est dans l'intérêt de l'*accipiens* seul, c'est-à-dire du commodataire, à celui où les deux parties sont intéressées : « *Si cui inspiciendum dedi,* SIVE IPSIUS CAUSA, SIVE UTRIUSQUE, *et dolum et culpam mihi præstandam esse dico.* » (D. 19, 5, *præs. verbis,* l. 17, § 2.) Peu importe que j'aie agi dans mon intérêt exclusif ou dans celui de l'autre partie, je n'en serai pas moins tenu du dol et de la faute.

De même Ulpien nous dit encore : « *In vehiculo locato aut commodato, verius esse ait et dolum et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me præstare debere* » Ainsi, le locataire, qui n'est pas seul intéressé dans le contrat, est complètement assimilé au commodataire. La loi 36 (D. 19, 1, *de act. empti*) et la loi 3 (D. 18, 6, *de peric. et comm. rei venditæ*) exigent du vendeur la même responsabilité que du commodataire et les assimilent. Nous pourrions citer, dans le même sens, bien d'autres textes, mais nous estimons ceux-là suffisants pour éta-

blir ce que nous avons avancé, que le commodataire n'est pas tenu d'une responsabilité spéciale et exorbitante.

La base même de la division du système des trois fautes, d'après l'utilité que les contrats procurent aux parties, les textes vont nous faire voir qu'elle est erronée. Ainsi, le gérant d'affaires doit la *diligentia* : « *nec sufficit quis absentis negotia gesserit, talem diligentiam adhibuisse qualem suis rebus adhibere solerit.* » (Inst. de Just., 3, 27, § 1.)

Le mandataire répond de la faute la plus légère, *omnem culpam* (C. 4, 35, *mandati*, l. 13. Diocl. et Max.), et cependant tous deux rendent un service gratuit et devraient, en conséquence, être traités comme le dépositaire, c'est-à-dire n'être tenus que de leur dol et de la faute lourde. Par contre, le concessionnaire à précaire, ou précariste, seul intéressé au contrat et qui, comme tel, d'après le système des trois fautes, devrait encourir la responsabilité la plus grande et répondre même de la faute très légère, ne répond que de son dol : « *dolum solum præstat is qui precario rogavit.* » (D. 43, 26, de prec., l. 8, § 3).

Non-seulement les textes ne font point aux contrats l'application, indiquée par ce système, des trois espèces de fautes : ils sont encore contraires à cette distinction

même de trois degrés dans la faute. Jamais, en droit romain, aucun débiteur lié par une obligation conventionnelle n'a été tenu de la *culpa levissima* ; cette expression ne se rencontre que dans les textes relatifs à la faute *aquilienne*, qui ne suppose aucun rapport d'obligation. Il n'est constamment parlé, dans les textes sur les obligations, que de deux espèces de fautes, la *culpa lata* et la *culpa levis*.

Nous pensons qu'un système ainsi contredit par les textes doit être rejeté, malgré l'autorité de ceux qui l'ont soutenu.

Un second système avait été imaginé par Doneau, qui n'admettait pas la théorie des trois fautes. Selon ce jurisconsulte, le droit romain ne distinguait que deux fautes : la *culpa lata* et la *culpa levis* ; et, en cela, il était respectueux des textes. Mais il cessait de l'être lorsqu'il distinguait, dans la *culpa levis*, deux espèces : la *culpa levis in faciendo* et la *culpa levis in non faciendo* ; cette dernière était plus légère et, selon Doneau, les jurisconsultes romains en rendaient responsables le débiteur en lui imposant la *diligentia*. Doneau se trompe évidemment en voulant voir dans les mots *culpa* et *diligentia* des degrés de la faute légère : ils expriment la même idée de responsabilité. C'est ce que nous indiquent les Institutes de Justinien, en employant

comme synonymes les mots *culpa*, *desidia* et *negligentia*, qui sont le contraire de la *diligentia* : « *culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ.* » (Inst. de Just., 3, 14, § 4). De plus, la distinction des fautes en positives et négatives est purement nominale et sans aucune importance pratique dans les contrats.

Il ne faut donc pas hésiter à dire que le droit romain ne distinguait que deux degrés dans la faute : la *culpa lata* et la *culpa levis*. Ce point posé, les difficultés ne sont pas finies. Il s'agit de savoir quand il y aura *culpa lata*, quand il y aura *culpa levis*, d'après quel critérium, quel type, on les appréciera et aussi, dans quel genre de contrats, le débiteur deviendra responsable de l'une ou de l'autre. Pour toutes les deux, il y a deux façons différentes de procéder, tantôt on se place à un point de vue absolu, tantôt à un point de vue relatif ; dans le premier cas, on apprécie la faute, *in abstracto* ; dans le second, on l'apprécie, *in concreto*.

Pour apprécier la *culpa lata in abstracto*, on compare la conduite du débiteur à celle qu'aurait tenue en pareil cas un homme d'une vigilance ordinaire, commune : si le débiteur n'a pas fourni ce minimum de soins, on le déclare coupable de faute lourde.

On apprécie la *culpa lata in concreto*, au contraire, lorsque l'on compare la conduite du débiteur dans une

affaire donnée à celle qu'il tient ordinairement dans la gestion de ses affaires : si, très-soigneux par habitude, il n'a apporté qu'un soin vulgaire dans l'exécution de son obligation, il a agi contre la bonne foi, dans une certaine mesure, il a été déloyal et on le répute coupable de faute lourde. Nous devons dire que ces deux modes d'appréciation concourent toujours et que le débiteur n'échappe au reproche de la faute lourde, qu'autant qu'il est indemne à l'un et l'autre point de vue.

Pour apprécier la *culpa levis* ou simplement la *culpa* (car c'est ainsi que les jurisconsultes romains désignent le plus souvent la faute légère) *in abstracto*, on prend, pour terme de comparaison, non plus un homme d'une vigilance ordinaire, mais un homme très-soigneux, un père de famille diligent, *diligens paterfamilias*. Si le débiteur est resté au-dessous de la diligence qu'on peut attendre de ce type idéal, il a commis une faute légère.

Quant à l'appréciation de la *culpa in concreto* elle se fait comme celle de la *culpa lata*, en prenant pour terme de comparaison la diligence habituelle du débiteur. Mais alors, comment distinguer la faute légère de la faute lourde, lorsque l'une et l'autre s'apprécient *in concreto?* Dans les deux cas, le débiteur est tenu des fautes qu'il ne commet pas dans ses propres affaires : quel intérêt y a-t-il à dire que dans tel cas, ce sera une faute

lourde, dans tel cas, une faute légère? et sur quelle raison peut-on se fonder pour le faire? Le voici : Un débiteur, tenu de la faute lourde, assimilée au dol, nous le savons, n'aura pas à prouver, en cas de perte de la chose, qu'il a apporté à sa conservation autant de soin qu'il en aurait déployé, si ç'avait été la sienne propre : le dol ne se présume point et la faute lourde, à cause de son affinité avec lui, participe à ce privilège. Ce sera donc au créancier à prouver que le debiteur n'a pas été aussi diligent qu'il l'est d'habitude.

Au contraire, le débiteur, qui est tenu de la faute légère, est réputé en faute par le fait seul de la perte de la chose ou de l'inexécution de l'obligation. Son créancier n'a rien à prouver : c'est à lui, débiteur, à prouver que s'il a été peu soigneux, c'est à cause de son caractère et de ses habitudes.

La différence entre les deux sortes de fautes n'existe donc qu'au point de vue de la preuve ; mais on voit qu'elle est réellement sérieuse et que la responsabilité du débiteur, tenu de la faute légère, est beaucoup plus étroite que celle du débiteur tenu de la faute lourde.

Il nous reste à rechercher quels sont les débiteurs tenus seulement de la faute lourde, quels sont ceux tenus et de la faute lourde et de la faute légère, soit *in abstracto*, soit *in concreto*.

Nous distinguerons entre les deux grandes classes de contrats connues en droit romain : les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict.

§ I.

De la responsabilité du débiteur dans les contrats de bonne foi.

A. Le débiteur est toujours tenu au moins du dol et de la faute lourde, qui consiste, nous l'avons vu, soit à ne pas fournir la diligence vulgaire, soit à ne pas fournir une diligence aussi grande que celle qu'on apporte dans la gestion de ses affaires, si cette diligence s'élève au dessus de la moyenne. Sa responsabilité se borne là, lorsqu'il est personnellement désintéressé dans le contrat.

Sont dans cette situation : 1° Le commodant, qui rend un service purement gratuit. Ainsi, il a prêté sciemment un tonneau gâté qui a corrompu le vin que le commodataire y a mis : il devra rembourser à celui-ci le prix du vin, parce qu'il y a eu dol de sa part ou du moins faute lourde ; car l'être le plus borné est capable de comprendre qu'un tonneau qui a mauvais goût le communiquera au liquide que l'on y mettra. (D. l. 18 § 3, l. 21 pr.

comm. 13, 6.) Mais s'il arrive que le tonneau, solide en apparence, se défonce par suite d'un vice caché, le commodant ne sera pas responsable.

2° Le dépositaire, toujours parce qu'il rend un service gratuit. Il est vrai que les Inst. donnent un autre motif de la faible responsabilité qu'on lui impose : le déposant doit s'en prendre à lui-même d'avoir donné sa confiance à un homme négligent. (Inst. de Just. l. 3, t. 14 § 3.) Mais ce motif ne peut être qu'erroné : dans toute obligation conventionnelle, on peut, en effet, adresser le même reproche au créancier.

3° Exceptionnellement, le mandataire, dans le dernier état du droit, répond de sa faute légère, bien qu'il soit absolument désintéressé dans le contrat. Au reste, cette sévérité pour le mandataire, fondée sans doute sur ce que ce contrat suppose, entre les parties, une confiance singulière, ne fut pas reçue sans controverse. On peut même affirmer que la doctrine romaine a été tout autre, pendant longtemps et que le mandataire, jusqu'à la fin de la jurisprudence classique, n'a répondu que de son dol et de sa faute lourde. C'est ce que prouvent des textes d'Ulpien ; (l. 8 § 10 ; l. 29 pr. § 3 *mand.* D. 17, 1); de Paul (l. 5 § 4 D. 19, 5, *de præscr. verbis)*; de Modestin *(collatio legum Mosaïcarum et Romanarum*, t. 10, cap. 2, § 3). Mais dès ce moment, on tendait déjà à exi-

ger du mandataire une responsabilité plus grande et trois rescrits de Dioclétien imposèrent définitivement au mandataire la responsabilité de ses fautes légères. (C. *Mand.* 4. 35, ll. 11, 13 et 21).

4° Le gérant d'affaires qui, en principe, répond de toute faute que n'eût pas commise un père de famille diligent, ne sera cependant tenu que du dol et de la faute lourde, s'il a agi dans le but d'éviter au maître une perte imminente, qu'il espérait lui éviter (D. 3, 5, *de neg. gestis,* l. 3. § 9.)

B. Si le débiteur s'est obligé dans son propre intérêt, que le créancier soit intéressé ou non dans le contrat, il répond de son dol et de sa *culpa levis in abstracto.*

Sont dans cette situation : 1° le commodataire (D. 13, 6, *comm.* l. 5, § 2.) C'est là sa responsabilité normale. Mais conformément à notre premier principe, le commodataire ne répond que de son dol et de la faute lourde, lorsque l'utilité du contrat est toute pour le commodant. La loi 5, § 10, D. h. t. cite un exemple assez curieux de cette exception : un prétendant a prêté à sa fiancée certains objets de parure pour qu'elle lui fût amenée dans une tenue plus décente *(quo honestius culta ad se deduceretur)* ; le jeune homme, en cas de

perte, la supportera, lors même que sa fiancée aurait commis une faute légère.

2° Le déposant. 3° Le créancier gagiste et le débiteur qui a fourni le gage. Ainsi le créancier devrait des dommages-intérêts pour avoir vendu le gage avant l'échéance de la dette ou sans observer les formalités prescrites par la loi ou par la convention (D. 13, 7, *de pignor. act.*, ll. 13 pr. et § 1 et 14.) De même, le constituant devra des dommages-intérêts, s'il a donné, même de très-bonne foi, du cuivre pour de l'or. (D. h. t. l. 25.)

4° Le vendeur et l'acheteur. Ainsi le vendeur, qui par son défaut de surveillance, n'a pas prévenu la fuite de l'esclave vendu, ne pourra pas réclamer son prix et devra même des dommages-intérêts équivalents à l'intérêt de l'acheteur de n'être pas privé de cet esclave. (Inst. de Just. 3, 23 *de empt. et vend*, § 3 : « *quod si fugerit homo qui veniit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat.* »

5° Le *locator* et le *conductor*, aussi bien dans le louage d'ouvrage que dans celui de choses (Inst. de Just. 3, 24 *loc. cond.*, § 5 ; l. 28 c., *de loc.* 4, 65.)

6° Tout débiteur tenu en vertu d'un contrat innommé. (D. 19, 5, *præsc. verbis*, l. 17, § 2.)

7° Le précariste, qui n'est obligé que dans son intérêt

exclusif, ne répond cependant que de son dol et de sa faute lourde. (D. 43, 26, *de prec.* l. 8, §§ 3 et 6.)

8° Par contre, le mandataire et le gérant d'affaires, qui ne sont pas du tout intéressés à l'exécution de l'obligation, répondent cependant de leur dol et de leur faute légère. (D. 17, 1, *mand.* l. 8, § 10; 13, 6, *commod.*, l. 5, § 2.)

Dans toutes les obligations que nous venons de parcourir et pour tous les débiteurs que nous venons de citer, on compare le débiteur à un père de famille diligent, *diligens paterfamilias,* c'est-à-dire qu'on apprécie la faute légère *in abstracto :* telle est la règle.

Exceptionnellement cependant, l'appréciation se fait *in concreto,* et l'on se contente d'une diligence égale à celle qu'ils apportent à la gestion de leurs propres affaires, pour quatre classes de débiteurs : 1° l'associé. « *Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium qualem suis rebus adhibere solet.* » (Inst. de Just., 3, 25, § 9.) Justinien donne pour motif de cette indulgence que les autres associés doivent s'imputer d'avoir choisi une personne peu diligente. Nous avons montré, à propos du dépositaire, que ce motif pourrait être invoqué par tous les débiteurs avec autant de raison. Voici pourquoi, selon nous, on a dérogé à la rigueur du droit commum : 1° la société établit, entre ses

différents membres, une certaine fraternité qui doit les prédisposer à une indulgence réciproque (*cum societa jus quodammodo fraternitatis in se habeat*, dit Ulpien dans la loi 6, 3, D. h. t.) : c'est un contrat de bonne foi par excellence. 2° En outre, il y a dans leur intérêt réciproque à toutes les affaires de la société une garantie qu'ils agiront pour la société comme ils agiraient pour eux-mêmes, puisque les affaires de celle-ci sont en réalité leurs propres affaires.

2° Le co-propriétaire par indivis. La faveur qu'on lui fait repose sur les motifs que nous venons de développer, car l'indivision est une espèce de société. (D. *fam. ercisc.* 10, 2, l. 25, § 16.)

4° L'acquéreur fiduciaire, c'est-à-dire le créancier auquel son débiteur transmet la propriété d'un certain objet, comme sûreté de sa dette, mais avec une clause de *fiducie*, par laquelle il stipule que son créancier lui retransférera, après le paiement de sa dette, la propriété de cet objet. C'est plutôt en vertu d'une présomption que d'une certitude que l'on décide que l'acquéreur fiduciaire n'est tenu que de sa diligence habituelle. Cette présomption repose sur la confiance réciproque que ce contrat paraît attester chez les parties.

5° Le mari, tenu de l'action *rei uxoriæ*, pour la responsabilité de la dot constituée sans *datio* ni *estimatio*.

Car, dans ce cas, la constitution de dot est assimilée à une vente et le mari, réputé acheteur, serait tenu de la faute légère appréciée *in abstracto*. (D. 23, 3 *de jure dotium*, l. 17 pr.; *nec obstat*. l. 23 *de reg. jur.* l. 50 t. 17.) La raison qui fait traiter le mari avec plus de faveur que les autres débiteurs est sans doute celle-ci : Le mari, qui jouit des revenus de la dot, est intéressé, plus que personne, à sa bonne administration. On peut donc espérer qu'il y apportera tous ses soins et que, s'il commet quelque faute, ce sera par incapacité plutôt que par négligence.

§ 2.

De la responsabilité du débiteur dans les contrats de droit strict.

La perte de la chose due est sans importance au point de vue de la théorie des fautes pour deux contrats de cette nature : le *mutuum* et le contrat *litteris*. Il n'y a pas à examiner si la perte est survenue par la faute du débiteur ni quelle a été la gravité de cette faute ; puisqu'il est de l'essence de ces obligations de ne porter que sur des quantités déterminées seulement dans leur genre, sur des *genera* qui ne périssent jamais.

La question de savoir si la perte de la chose due est arrivée par la faute du débiteur ne se pose donc que relativement aux obligations nées d'une stipulation et portant sur des corps certains. Que s'il s'agit d'une stipulation de faire, comme de construire une maison dans tel lieu déterminé, il résulte de la formule même employée que le débiteur ne peut se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'en prouvant le cas fortuit : c'est-à-dire qu'il répond de son dol, de la faute lourde et de la faute légère appréciée *in abstracto*, par rapport à la diligence du bon père de famille. (D. *de verb. oblig.* 45, 1, l. 137 §§ 2 et 3).

Relativement aux obligations portant sur des corps certains et consistant à en transférer la propriété, *dare*, le débiteur répond encore de son dol, de sa faute lourde et même de sa faute légère, *culpa levis*, appréciée *in abstracto*. Mais il ne répond que du dol ou de la faute consistant *in agendo* ; il n'est pas tenu de ses omissions. Ainsi Titius a promis un esclave et cet esclave vient à mourir, par suite de défaut de soins de Titius : celui-ci ne sera pas responsable (D. 45, 1, *de verb. oblig.* l. 23.), du moins en vertu de l'action *ex stipulatu*, et il ne pourra être actionné que par l'action *de dolo*. La décision serait la même si Titius avait empoisonné l'esclave lui-même avant de le livrer. La rigueur des principes est satisfaite

dès là qu'il peut exécuter la tradition et transférer la propriété : car il ne s'est engagé qu'à cela. C'est la décision de Labéon, rapportée par Ulpien. (D. 4, 3, *de dol. mal.*, l. 7, § 3). Mais il est bien entendu que cette solution ne s'applique qu'à l'action *ex stipulatu* et nullement à l'action *de dolo*, essentiellement recevable en ce cas. Par l'action *ex stipulatu*, le débiteur ne répond que des actes qui l'empêchent absolument de livrer ou qui restreignent le droit plein et entier qu'il s'est engagé à transférer au créancier : telles seraient une aliénation partielle ou une constitution d'hypothèque ou d'usufruit. (D. 46, 3, *de sol.* l. 20 et 27).

§ 3.

De la responsabilité du débiteur in mora

Le débiteur reçoit de son créancier une sommation ou *interpellatio*, d'exécuter l'obligation : il refuse d'y obtempérer, bien qu'il soit en possession de la chose due et qu'il se sache obligé légalement. On dit alors qu'il est en demeure, *in mora*. L'effet de cette mise en demeure est très important, relativement au sujet qui nous occupe : elle déplace les risques et les met à la charge du débiteur. A partir de ce moment on ne peut

plus appliquer la maxime : *interitu fortuito rei certæ liberatur debitor*. Le débiteur devient responsable de la perte, de quelque façon qu'elle survienne et non-seulement de la perte totale, mais de toute détérioration. Bien plus, si la chose due acquiert, même postérieurement à la mise en demeure, une plus-value qu'elle vient à perdre ensuite et avant la livraison, le débiteur doit en tenir compte au créancier. (D. 13, 1, *de cond. furt.* l. 8, § 1).

On le voit, la situation du débiteur est singulièrement empirée par l'effet de cette mise en demeure. A quoi tient cette aggravation de son sort ? Des textes du droit romain en donnent deux motifs : 1° que si la chose eût été livrée au créancier, elle n'aurait pas péri chez lui (D. 16, 3, *dep.* l. 14, § 1) ; 2° que le créancier, mis en possession, aurait pu vendre la chose due et éviter ainsi la perte (D. *de leg.* 1°, 30, l. 47, § 6). De là suit une conséquence importante. Le débiteur se déchargera de la perte, en prouvant : 1° que le créancier n'aurait pas vendu l'objet ; 2° qu'il aurait aussi bien péri chez lui. Nous croyons que ces motifs sont spéciaux aux contrats de bonne foi et aux legs, dont parlent les textes cités. Car dans les obligations de droit strict, le débiteur n'eût pu se décharger ainsi des risques : il devait être condamné à des dommages-intérêts, dès là

qu'il n'avait pas obtempéré à la mise en demeure du débiteur, sans pouvoir invoquer les tempéraments indiqués plus haut. Cet effet rigoureux de la *mora* s'explique : 1° par la nécessité de donner au créancier un moyen coercitif pour faire exécuter l'obligation ; 2° par cette considération que, en refusant frauduleusement la livraison, le débiteur s'est rendu coupable, sinon d'un dol caractérisé, du moins d'une faute assez grave dont il doit réparation.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

DES RISQUES. — PRINCIPES.

Dans l'étude que nous avons faite du droit romain, nous avons reconnu que, dans toute obligation pure et simple de corps certain, les risques étaient pour le créancier, qui devait supporter la perte de la chose arrivée par cas fortuit. D'où nous avons tiré ce principe qui, selon nous, commande toute la théorie des risques : *res perit creditori.*

Dans notre ancienne jurisprudence française, la même règle avait été admise, aussi bien dans les pays de cou-

tume que dans ceux de droit écrit, pour les contrats synallagmatiques comme pour les contrats unilatéraux. On sait que, dans notre ancien droit, la propriété n'était, pas plus que dans le droit romain, transmise par la simple tradition. Cependant, du jour où les parties s'étaient liées, du jour du contrat, la chose vendue était aux risques de l'acheteur ; et la chose périssait-elle avant la livraison, le vendeur était libéré de son obligation de livrer, tandis que celle de l'acheteur de payer le prix subsistait.

Il est vrai que certains publicistes, qui traitaient du droit naturel, tels que Puffendorf, Barbeyrac, etc., déclaraient que ce n'était point là les vrais principes du droit naturel. Mais leurs critiques restaient sans écho dans la pratique, au témoignage de Pothier, qui les réfute péremptoirement dans son Traité du Contrat de vente. (1)

Le code civil a changé le principe du droit romain et de notre ancien droit sur la transmission de la propriété par l'effet des obligations. Aujourd'hui, le seul consentement des parties suffit pour transférer la propriété d'un corps certain aliéné. Cette propriété passe sur la tête de l'acheteur du jour où « la chose a dû être livrée, » c'est-à-dire du jour du contrat.

(1) N^os 308 et 309.

Le code civil a-t-il changé, en même temps, le principe anciennement admis sur les risques dans les obligations pures et simples ? L'art. 1138 nous dit : « Elle (l'obligation) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. » Rien n'est donc changé en fait, et il est toujours vrai de dire que les risques sont à la charge de l'acheteur du jour du contrat. Mais en vertu de quel principe cette décision a-t-elle été admise et pour quelle raison ? Est-elle fondée uniquement sur la qualité de propriétaire acquise par l'acheteur, cas où elle serait dictée par la règle : *res perit domino ?* Est-elle fondée, au contraire, principalement sur la qualité de créancier que possède également l'acheteur, cas où l'art. 1138 serait une application de l'ancienne maxime : *res perit creditori ?*

On pourrait croire, à première vue, qu'il s'agit ici d'une question purement théorique, et que l'art. 1138 déclarant, dans tous les cas, la propriété transmise par le seul effet du consentement, les risques seront, de toute façon, à la charge de l'acheteur, quelqu'opinion que l'on adopte sur la question de principes.

Ce serait une erreur et voici une hypothèse, rare à la vérité, mais qui peut très-bien se rencontrer, où la controverse que nous agitons aura un intérêt pratique capital.

Un grand industriel trouve à céder son établissement à de très-bonnes conditions : il désire profiter de l'occasion. Mais, d'un autre côté, comme il a passé des marchés à terme qui lui procureront de gros bénéfices, il désire conserver la propriété de son établissement pendant deux ans encore afin d'exécuter ses marchés. Que fera-t-il? Il vendra son établissement, mais avec la clause que, jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans, il en demeurera possesseur et propriétaire. L'établissement est incendié après cette convention : il périt en totalité. Si l'on décide que l'art. 1138 est une application de la maxime : *res perit domino*, la perte sera pour le vendeur resté propriétaire.

Si l'on décide, au contraire, que l'art. 1138 est fondé sur l'anciennne maxime : *res perit creditori*, la perte sera pour l'acheteur, simple créancier, qui n'en devra pas moins payer le prix. On le voit, il y a plus que l'honneur des principes en question.

L'opinion que la disposition de l'art. 1138 repose sur la maxime *res perit domino*, est soutenue par M. Larombière, qui enseigne qu'elle est une conséquence de la translation de la propriété par l'effet seul de la convention (1).

Nous ne la croyons pas fondée. Nous avons exposé

(1) T. 1, art. 1138, n° 23.

les précédents historiques, qui sont absolument contraires à la doctrine que l'on prête aux rédacteurs de notre Code. De plus, cette doctrine blesse également les principes du droit et les règles de l'équité.

Dans un contrat synallagmatique, les deux obligations produites deviennent, après sa formation, distinctes et indépendantes l'une de l'autre ; dans la vente, par exemple, il naît deux créances, l'une au profit du vendeur, la créance du prix, l'autre au profit de l'acheteur, la créance de la chose. La première est une crèance de *genre*, de *quantité ;* la seconde une créance de *corps certain*. Chacune acquiert une existence propre, qui se suffit à elle-même, chacune reste soumise aux chances d'extinction inhérentes à sa nature, sans que la perte de l'une puisse répercuter sur l'autre. Ainsi la créance de l'acheteur, créance de corps certain, s'éteindra par la perte de ce corps certain ; celle du vendeur, au contraire, subsistera dans tous les cas, parce qu'elle porte sur un *genus :* or, *genus nunquam perit.*

Cette solution, qui est logique, n'est pas moins équitable : il faut appliquer ici la grande loi des compensations, de la réciprocité des bonnes et mauvaises chances. Si la chose venait à s'améliorer, l'acheteur en profiterait seul et le vendeur ne pourrait réclamer le plus léger supplément de prix. N'est-il pas juste, que,

si la chose vient à se détériorer ou à périr, l'acheteur supporte seul, aussi, cette perte ou cette détérioration, sans pouvoir demander de diminution de prix? « *Et commodum ejus esse debet, cujus est periculum* (1). » On le voit, la logique et l'équité, non moins que les traditions, se prononcent pour l'application de la maxime *res perit creditori*.

Passons maintenant à l'examen des textes. Nous serions étonnés de n'y pas retrouver une doctrine si ancienne et si bien justifiée. On invoque, en faveur de la maxime *res perit domino*, la corrélation étroite qui paraît établie, par l'article 1138, entre la transmission de la propriété et de la responsabilité des risques. « Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques. . . » nous dit ce texte dans son deuxième paragraphe. Donc, c'est parce que le créancier devient propriétaire, qu'il devient responsable des risques ; les deux solutions se tiennent.

Sans doute, elles paraissent intimement unies, mais ce texte est si mal rédigé et les rédacteurs du Code ont mis tant de soin à rendre leur pensée obscure, qu'on aurait tort, selon nous, d'induire de l'article 1138 une modification aussi grave aux principes. Une seule chose est certaine : c'est que l'article 1138 se prononce,

(1) (Inst. *de empt. vend.*, l. 23, § 3.)

en même temps, sur la question de la responsabilité des risques et de la translation de la propriété ; la conséquence qu'on prétend en tirer est tout au moins douteuse. Dans ces conditions, il nous paraît sage de nous en tenir aux principes traditionnels conformes au droit et à l'équité et sanctionnés, d'ailleurs, par le texte de l'article 1302, aussi précis et aussi formel que celui de l'article 1138 est embarrassé. (1)

Nous pouvons donc poser ce principe que le débiteur d'un corps certain, aussi bien dans les contrats synallagmatiques que dans les contrats unilatéraux, est libéré par le cas fortuit : *res perit creditori.*

Que faut-il entendre par corps certain ? Il est nécessaire que la chose soit déterminée *in specie*, *in ipso individuo*, de telle façon que le créancier sache à quelle chose il a droit et qu'on ne puisse lui en substituer une autre. Cette définition exclue de notre règle, les obligations qui portent sur un genre illimité, *genus illimitatum*, comme du vin, du blé.

Mais elle pourrait être invoquée par un débiteur qui aurait promis de livrer « l'un des tonneaux qui sont dans sa cave » « *unum de certis* » ; si tous les tonneaux de sa cave périssent par cas fortuit, il sera libéré et l'acheteur devra néanmoins payer son prix. L'obligation

(1). Demolombe, t. 24, nos 423-425.— Laurent, t. 16, n° 208.

dans ce cas porte sur un genre limité : *l'assignat* est *limitatif*, pour se servir des termes un peu barbares de l'école.

Notre règle ne serait applicable aux obligations de genre illimité qu'autant que le genre tout entier auquel appartient l'objet de l'obligation serait supprimé ou mis hors du commerce. Pour prendre un exemple tiré de nos mœurs actuelles, un négociant qui aurait vendu 10 kilogrammes de dynamite, il y a six mois, serait libéré de son obligation par le décret qui vient d'en interdire la vente.

Il faut en outre, pour que le débiteur d'un corps certain, en vertu d'une obligation conventionnelle, ne supporte pas les risques, la réunion des trois conditions suivantes, exigées par les art. 1147, 1148 et 1302 combinés, textes qui s'occupent de la perte de la chose due :

1° Que la perte soit arrivée par cas fortuit, sans sa faute ou sans son fait ;

2° Qu'il ne soit pas en demeure ;

3° Qu'il ne soit pas chargé des cas fortuits ;

Reprenons successivement chacune de ces conditions.

1° Que la perte soit arrivée par cas purement fortuit, sans une faute ou sans un fait à lui imputable. Nous avons défini le cas fortuit en droit romain, nous n'y

reviendrons pas. Constatons seulement que l'art. 1302 met la preuve du cas fortuit à la charge du débiteur. Mais, est-ce là toute son obligation ? et cette preuve une fois faite, le débiteur est-il libéré ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer deux sortes de cas fortuits :

Les uns, que la nature des choses ne permet pas d'imputer au débiteur, tels : le feu du ciel, la tempête, les inondations, la guerre, le fait du Prince, etc.

Pour ceux-là, il est certain qu'il suffit au débiteur de fournir la preuve de l'événement lui-même, puisqu'on ne saurait le soupçonner d'y être pour quelque chose.

Les autres sont également produits le plus souvent par le hasard, mais ils peuvent avoir été, sinon causés, du moins provoqués par une faute ou un fait du débiteur; tels : la mort, l'incendie, le vol.

Pour ceux-là, on peut se demander, comme nous le faisions tout-à-l'heure, s'il suffira au débiteur de prouver le fait lui-même? Ne devra-t-il pas en outre prouver qu'il n'a rien fait pour provoquer le sinistre et qu'au contraire, il a apporté, à la conservation de la chose, tous les soins d'un bon père de famille ? M. Colmet de Santerre pense que, même dans ce cas, c'est au créancier à prouver que l'événement a été causé par la faute ou le fait du débiteur qui, après avoir fourni la preuve du cas

fortuit, est protégé par une présomption d'irresponsabilité. (1)

Cependant, la majorité des auteurs et la jurisprudence se prononcent en sens contraire et avec raison, selon nous. En cas de mort de la chose due, si c'est un animal, le débiteur devra prouver qu'elle est survenue sans sa faute ni son fait, ce qui lui sera facile en établissant qu'il ne l'a pas fatigué outre mesure et que, pendant la maladie, il lui a donné les soins nécessaires.

En cas de soustraction sans violence, il devra fournir la preuve qu'il a pris les mesures de sûreté indispensables. « *Furtum enim raro sine culpa nostra accidit.* » (2)

En cas de vol avec violence, il aurait à prouver que la violence a été telle qu'il lui a été impossible d'y résister, ... *cui resisti non potest.* (3)

En cas d'incendie, nous croyons aussi que le débiteur ne devrait être libéré qu'après avoir établi qu'il a pris contre l'incendie, les précautions qui s'imposent à un bon père de famille, et que, le feu une fois déclaré, il a essayé, avec le soin et la diligence nécessaires, de préserver la chose due.

(1) T. 5. n° 64 bis 1, 258 bis; Proud'hon. de l'usufruit, 3, 1540 et suiv.)

(2) Averani, interp. juris, l. 2, c. 26, n° 14.)

(3) D. 19, 2, loc. cond. l. 15 § 2.)

Ce n'est, en effet, qu'autant qu'il aura rempli toutes ces obligations, que toutes ces circonstances se rencontreront, que le débiteur pourra dire qu'il y a eu réellement cas fortuit et que le hasard seul a amené la perte de la chose. L'art. 1733, au titre du louage, qui met à la charge du locataire l'obligation de prouver que l'incendie est arrivé sans sa faute, n'est qu'une application de la règle de droit commun qui astreint le débiteur à prouver le cas fortuit qu'il allègue. (1)

2° Pour que le débiteur ne supporte pas les risques et soit libéré par la perte de la chose, il faut qu'il ne soit pas en demeure au moment de la perte : autrement, il serait en faute. Nous traiterons de la mise en demeure en exposant la théorie des fautes.

3° Les risques seront pour lui, s'il a consenti, dans la convention, à répondre des cas fortuits. L'engagement qu'il a pris est parfaitement licite et doit recevoir sa complète exécution (art. 1302). Mais, comme il entraîne pour le débiteur des conséquences très-graves, il doit être exprès et formel ; le doute s'interpréterait dans le

(1) Cass. 14 novembre 1853, S. 54, 1, 676; Caen, 15 juin 1872, S. 73, 2, 7; Pothier, des Cheptels, 3, 396; Merlin, rép. v° Incendie, § 2; Demolombe, 28, 767-770; Larombière, sur l'art. 1148; Laurent, 16, 209.)

sens de la non-responsabilité, le plus favorable au débiteur, conformément à la règle de l'art. 1162.

Si le débiteur s'est chargé des cas fortuits d'une manière générale et sans aucune indication particulière, rèpond-il même de ceux qu'il n'a pas pu prévoir, comme la guerre, une inondation, une trombe ? Pothier se prononçait pour la négative. (1) Il paraît bien résulter des travaux préparatoires que le Code n'a pas, en ce point, suivi l'opinion de Pothier, et que le débiteur, aujourd'hui, à moins d'avoir restreint lui-même son engagement, répond de tous les cas fortuits, sans aucune distinction. On a voulu ainsi éviter les procès, si nombreux dans l'ancien droit, sur la question de savoir si les cas fortuits avaient été ou non prévus. (2)

Après avoir ainsi établi les principes qui doivent servir à la répartition des risques, nous allons en faire l'application d'abord aux obligations conventionnelles en général ; puis aux obligations produites par les principaux contrats, soit unilatéraux, soit synallagmatiques.

(1) Des Obligations, n° 668.

(2) Exposé des Motifs, par M. Jaubert, Locré, 12, p. 490.

CHAPITRE Ier

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

Nous ne parlerons pas des obligations pures et simples en général : nos principes ne souffrent pas de difficultés en ce qui les concerne, sauf les exceptions dont nous nous occuperons en traitant des obligations qui naissent des principaux contrats

§ I.

Des obligations alternatives.

L'obligation alternative comprend au moins deux prestations (elle peut en comprendre un nombre indéter-

miné), mais elle est éteinte par l'accomplissement d'une seule d'entre elles.

Pour plus de clarté et pour ne pas amener de complications inutiles, nous nous placerons dans l'hypothèse où l'obligation n'a que deux objets. Nous supposerons, de plus, qu'il s'agit de corps certains : si l'obligation portait sur des genres, le débiteur pouvant toujours l'exécuter, la question des risques ne s'élèverait pas.

Pour examiner qui doit supporter les risques, il faut d'abord distinguer deux cas : 1° les deux objets ont péri ; 2° le cas fortuit n'a atteint qu'un seul d'entre eux.

1° Les deux objets ont péri. Soit, par exemple, l'obligation suivante : Je vous vends, moyennant 100,000 fr., ma maison A ou ma maison B. Deux jours après cette convention, les deux maisons sont incendiées par la foudre. Qui supportera les risques ? L'acheteur, qui était créancier d'un corps certain, de la maison A ou de la maison B, individuellement déterminées. Le vendeur, débiteur de l'une de ces maisons avait le devoir de veiller à leur conservation, avec la diligence d'un bon père de famille : il l'a fait, il a rempli son obligation tout entière, et le cas fortuit le mettant dans l'impossibilité de livrer, il est libéré. L'ache-

teur, créancier de la chose et débiteur du prix, lui, est toujours à même d'exécuter son engagement, puisqu'il a à livrer un genre qui ne saurait périr. Il doit y satisfaire en payant les 100,000 fr. qu'il a promis. (1)

2° Un seul des objets périt par cas fortuit.

Il nous faut, de nouveau, distinguer deux hypothèses. **A** Le choix appartient au débiteur. — **B** Le choix appartient au créancier.

A. Le choix appartient au débiteur.

1° L'un des objets périt par cas fortuit : l'obligation, art. 1193, n'ayant plus qu'un objet, devient pure et simple. Le débiteur doit celui qui reste et il ne conserve pas l'option entre la prestation de l'objet subsistant et celle du prix de l'objet qui a péri : ce prix n'est pas dû, le créancier ne l'a pas stipulé. Ainsi le débiteur, par exception à notre principe, supporte ici les risques : cela tient à la multiplicité des objets de l'obligation, qui permettent encore au débiteur de remplir son engagement. En promettant deux choses alternativement, il a consenti tacitement à prendre à sa charge les risques de l'une.

2° Les deux objets ont péri, le premier par cas fortuit, et le second par la faute du débiteur. Les risques

(1) Demolombe, t. 26, n° 23; Laurent, t. 17, n° 223.

sont encore ici pour le débiteur et avec raison, puisque c'est par sa faute qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter son obligation, devenue pure et simple par la perte fortuite.

3° Les deux objets périssent, le premier par la faute du débiteur, le deuxième par cas fortuit. A ne consulter que la rigueur des principes, il semble que, dans ce cas, le débiteur devrait être libéré et le créancier supporter les risques. L'art. 1193, en effet, déclare que l'obligation devient pure et simple, si l'un des objets périt, que ce soit par cas fortuit ou par la faute du débiteur. Le débiteur ne doit donc plus qu'une chose, et si elle périt, l'art. 1302 paraît lui accorder sa libération. Pothier, tout en étant d'un avis contraire, reconnaissait que la subtilité du droit conduisait à cette solution (1), et Delvincourt (2) l'a soutenue sous l'empire du code.

Nous croyons, cependant, que cette rigueur ou cette subtilité ne serait pas très-juridique. Il ne faut pas prendre à la lettre l'art. 1193, lorsqu'il dit que l'obligation devient pure et simple. Cette formule signifie simplement que le débiteur ne conserve pas le droit de fournir au créancier le prix de la chose qui a péri, et qu'il doit uniquement celle qui reste. La loi ne saurait per-

(1) Des Obligations, n° 252.

(2) T. 2, p. 130, n° 2.

mettre au débiteur de priver le créancier de l'une des chances qu'il a de voir l'obligation s'exécuter, en l'autorisant, sans indemnité, à détruire l'une des choses. Le créancier en souffrirait un préjudice : car, après la perte de la seconde par cas fortuit, l'obligation alternative lui donnait droit à l'autre. Si donc le débiteur a détruit, de mauvaise foi, celle-ci, il a commis une faute dont il doit la réparation. Cela est aussi juridique qu'équitable. Mais, en quoi doit consister cette réparation ? Dans le prix de la chose qui a péri la dernière, nous dit l'art. 1193. D'après Pothier, le débiteur devait le prix de la chose qu'il avait fait périr par sa faute. Cette solution est, il faut le dire, plus logique que celle du code civil. Cependant, cette dernière se recommande par une application plus facile, en ce qu'il suffit d'apprécier la valeur d'une chose qui vient de périr, au lieu d'évaluer un objet qui peut avoir péri depuis longtemps. Et puis, en détruisant le premier objet, le débiteur ne consent-il pas tacitement à prendre sur lui les risques de celui qui reste ? La loi, du moins, peut lui imposer cette obligation, et on comprend alors qu'elle lui fasse payer la valeur de ce dernier objet (1).

(1) Toullier, t. 3, n° 696; Colmet de Santerre, t. 5, n° 120 *bis*; Labbé, Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due, n° 50; Laurent, n° 248. Comp. Demolombe, t. 26, n°s 82-85.

B. Le choix appartient au créancier :

1° L'une seulement des deux choses a péri par cas fortuit. Les risques sont pour le créancier, qui ne peut demander que celle qui reste : le débiteur est libéré de l'alternative, comme il le serait de l'obligation elle-même si les deux objets avaient péri par cas fortuit. Le créancier ne peut demander le prix qui n'était pas dû : le cas fortuit le prive, sans compensation, de son choix;

2° Le débiteur a fait périr, par sa faute, une des deux choses ; la seconde vient ensuite à périr par cas fortuit : le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix. Cette perte fortuite ne libère pas le débiteur et il supporte les risques par ce motif, que, en détruisant la première, il a accepté tacitement la responsabilité des cas fortuits qui pourraient frapper la seconde. Donc, il est juridique de conserver au créancier sa faculté d'option, sur le prix, puisqu'il est privé, par la faute du débiteur, de l'option en nature ;

3° L'une des choses périt par cas fortuit et la dernière vient ensuite à périr par la faute du débiteur. Le créancier a encore le choix entre le prix de l'une ou de l'autre. Ici, on ne s'explique plus pourquoi le créancier conserve son option, car ce n'est pas le débiteur, c'est le hasard qui l'en a privé. Logiquement, les risques de la première chose devraient être supportés par le créancier et

le débiteur ne devrait que le prix de la seconde chose qui a péri par sa faute (1).

Nous avons, jusqu'ici, supposé une perte totale des deux objets ou de l'un d'eux. La perte peut n'être que partielle et l'objet subsister, malgré sa détérioration par nu cas fortuit. Le Code n'a pas prévu ce cas, reprenons nos deux hypothèses :

1° C'est le créancier qui a le choix ; si les deux objets subsistent, il prendra naturellement la chose qui lui conviendra le mieux, mais sans pouvoir réclamer aucune indemnité, c'est lui qui supporte les risques. S'il n'en subsiste plus qu'une seule, et que la première ait péri, sans la faute du débiteur, le créancier devra le recevoir dans l'état où il se trouvera : il supportera les risques ;

2° Le choix appartient au débiteur : lorsque les deux objets subsistent, il convient, croyons-nous, de distinguer selon la gravité de la dégradation. Si elle laisse subsister intacte la substance de la chose, de telle façon qu'elle puisse encore servir à la destination queles parties ont eue en vue en contractant, le débiteur conservera la faculté de l'offrir au créancier, en déduisant du prix convenu le montant estimatif de la détérioration. Si, au contraire, la substance de la chose a disparu, si

Labbé, loc. cit. n° 36 ; Colmet de Santerre, t. 5, n° 121 *bis*, 1 ; Demolombe, t. 26, n° 88 ; Laurent, t. 17, n° 250).

elle ne conserve plus ce qui faisait son essence, son *nomen appellativum*, alors la détérioration équivaut à la perte totale, l'obligation devient pure et simple et le débiteur doit fournir au créancier l'autre chose. — Si l'un des objets périt complétement par cas fortuit, le débiteur pourra toujours se libérer en offrant ce qui reste du dernier, sans que le créancier puisse réclamer la moindre diminution de prix : il supporte les risques.

§ 2.

Des obligations conditionnelles.

L'art. 1168 est ainsi conçu : « L'obligation est conditionnelle, lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera où n'arrivera pas. » D'après ce texte, il y a deux sortes d'obligations conditionnelles : l'obligation conditionnelle sous condition suspensive; l'obligation conditionnelle sous condition résolutoire. Nous savons qu'en droit romain cette dernière obligation était dite pure et simple et que la résolution seulement en était soumise à une condition suspensive : « *erit pura emptio quæ sub conditione resolvitur,* » disait le juris-

consulte Ulpien (1). Les interprètes du Code sont unanimes à affirmer que c'est là la vraie théorie juridique. Nous partageons, sans doute, l'avis des maîtres de la science. Mais comme il n'y a là qu'une différence de terminologie, sans aucune importance pratique, il nous paraît plus simple de conserver les dénominations du Code civil. Nous rechercherons donc successivement par qui doivent être supportés les risques : 1° dans l'obligation sous condition suspensive; 2° dans l'obligation sous condition résolutoire.

A. Obligations sous condition suspensive. — Soit l'obligation suivante : Je vous vends ma maison sous condition que tel événement arrive. La maison est brûlée par le feu du ciel ; puis l'événement s'accomplit. Qui, de vous ou de moi, supportera les risques? L'art. 1182 s'exprime ainsi : « Lorsque l'obligation a été contractée » sous une condition suspensive, la chose qui fait la » matière de la convention, demeure aux risques du » débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le » cas de l'événement de la condition.

« Si la chose est entièrement périe sans la faute du » débiteur, l'obligation est éteinte. »

(1) D. 18, 2, *de in diem addictione*, l. 2, § 1; 18, 3, *de lege comm* l. 1.

« Si la chose s'est détériorée sans la faute du débi-
» teur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obliga-
» tion, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve,
» sans diminution de prix. »

Ainsi, contrairement à notre principe que la chose périt pour le créancier, *res perit creditori*, c'est le débiteur qui supporte les risques dans l'obligation conditionnelle. Pourquoi cette dérogation ? Elle était déjà admise dans le droit romain, et notre ancien droit l'avait adoptée. Pothier en donnait l'explication suivante : « Quand
» la chose périt entièrement avant l'accomplissement
» de la condition, la condition ne peut plus s'accomplir
» utilement par la suite, car l'accomplissement de la
» condition ne peut pas confirmer l'obligation de ce qui
» n'existe pas, ne pouvant pas y avoir d'obligation sans
» une chose qui en soit le sujet. » (1) C'est la raison que donnent encore aujourd'hui la plupart des jurisconsultes. Au moment où la chose périt, l'obligation n'existe pas, puisque la condition n'est pas accomplie ; au moment où la condition se réalise, il n'y a plus d'objet, par conséquent l'obligation ne peut plus se former.

C'est ce que disent MM. Aubry et Rau : « L'obligation
» est censée n'avoir jamais existé, faute d'objet. » (2)

(1) Des obligations, n° 219.

(2) Sur Zachariæ, t. 3, p. 51.

MM. Demolombe et Laurent critiquent vivement l'opinion généralement suivie.

Selon M. Laurent, la solution du Code est injustifiable. Il y a même raison de faire supporter les risques au créancier dans l'obligation conditionnelle que dans l'obligation pure et simple. Dans l'une comme dans l'autre, le débiteur n'a qu'un devoir: c'est de veiller à la conservation de la chose avec les soins d'un bon père de famille; et le cas fortuit le libère. Mais le créancier, lui, n'est pas libéré, et il doit exécuter son obligation.

Quant au motif donné, que l'obligation ne peut plus se former, parce qu'il n'y a plus d'objet, les deux éminents jurisconsultes s'accordent pour le déclarer inexact. Ce n'est pas au moment où la condition s'accomplit, que le contrat se forme ; c'est au moment du concours des volontés des parties et c'est alors seulement que l'obligation doit comprendre tous les éléments nécessaires à sa formation. Cela est si vrai que le consentement des parties et leur capacité n'importent plus et peuvent très-bien ne plus exister au moment de l'événement de la condition: le contrat n'en sera pas moins formé. L'existence de l'objet n'est pas davantage nécessaire, grâce à la rétroactivité de la condition, qui fait réputer l'obligation parfaite du jour de sa formation (art. 1179).

Pour M. Laurent, l'art. 1182 reste injustifiable. Il a sans doute raison, d'aprés la rigueur des principes. Il est clair que, si l'obligation se forme réellement, en vertu de la rétroactivité de la condition et malgré la perte de l'objet, elle devient, en quelque sorte, pure et simple et les mêmes règles doivent lui être appliquées. Cela est vrai ; mais la rigueur des principes engendre souvent la subtilité, et l'éminent jurisconsulte Belge ne fait-il pas trop bon marché de l'intention des parties contractantes? Après tout, c'est elle qu'il faut surtout consulter, puisqu'elle fait la loi des conventions. Or, les parties n'ont entendu être liées que si la condition s'accomplissait ; c'est pour cela qu'elles ont retardé l'exécution de l'obligation, retard qui ne s'expliquerait pas autrement. (1)

Quoiqu'il en soit, du reste, de cette théorie, l'art. 1182 est formel et personne ne songe à s'écarter de sa disposition. Pour l'étudier, nous distinguerons deux hypothèses : 1° celle de la perte totale ; 2° celle de la perte partielle.

1° La perte est totale. C'est le débiteur, nous venons de le dire, qui la supporte : en cas de vente, il ne pourra pas réclamer à l'acquéreur le paiement de son prix.

(1) Labbé, loc. cit. n° 61 ; Demolombe, t. 25, n°s 425, 426 ; Laurent, t. 17, n° 96.

L'obligation est éteinte et tout se passe comme si elle n'avait jamais existé.

2° La perte est partielle. Les risques sont encore pour le débiteur, puisque le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation ou de prendre la chose dans l'état où elle se trouve. Il va de soi qu'il n'adoptera ce dernier parti que si la détérioration est insignifiante. C'est donc encore le débiteur qui supporte la perte partielle. Pourquoi? on ne saurait dire ici, comme pour la perte totale, que l'obligation ne peut plus se former, faute d'objet ; mais le vrai motif de faire supporter les risques au débiteur, l'intention des parties contractantes, subsiste toujours. Il est vrai que l'équité paraît froissée de cette décision qui fait supporter au débiteur les détériorations, tandis qu'elle donne au créancier la chance des augmentations. Mais l'atteinte à l'équité, n'est, en réalité, qu'apparente.

Les augmentations des choses corporelles ne se rencontrent guères que dans les ouvrages théoriques, sous la forme de l'alluvion, de sorte que l'avantage du créancier se réduit à bien peu de chose.

Il faut bien remarquer, en effet, que l'art. 1182 n'est applicable qu'aux *détériorations* matérielles, aux dégradations, comme dit l'art. 2131. La *dépréciation*, que les circonstances, des événements politiques ou des crises industrielles ont pu amener dans la valeur venale de la

chose ne donnerait pas à l'acheteur le droit de résoudre le contrat. Il devrait les supporter sans réclamation : c'est une mauvaise chance qu'il court, mais on ne la comprend pas sous le nom particulier de *risques*, qui est réservé aux *détériorations* qui atteignent la chose dans ses éléments matériels, dans son existence physique. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation. (1)

Le droit du créancier de demander la résolution de l'obligation est-il absolu et peut-il s'exercer dès là qu'il existe une *détérioration*, si minime qu'elle soit, pourvu qu'elle soit juridiquement appréciable ? Telle parait bien être la décision de l'art. 1182, qui ne fait aucune distinction. Que cette décision soit très-équitable, nous n'oserions pas le soutenir; et en théorie, la distinction que l'art. 1636 fait en matière d'éviction, selon que la partie dont l'acquereur est évincé est ou non assez considérable pour qu'il n'eût pas acheté, assurément cette partie, est sans doute préférable; mais, en pratique, nous ne croyons pas que l'on puisse faire cette distinction, que ne comporte pas le texte de la loi. (2)

B. Obligations sous condition résolutoire.—Soit l'obli-

(1) 26 mai 1851, Dalloz, 51, 1, 134.

(2) Larombière, t. 1, p. 212; Laurent, t. 17, n° 99 ; — En sens contraire, Demolombe, t. 25, n° 442.

gation suivante : Je vous vends ma maison ; mais la vente sera rompue, si tel événement arrive. La maison périt, incendiée par le feu du ciel ; et l'événement auquel nous avons attaché la résolution de la vente s'accomplit. Qui de vous, acheteur, ou de moi, vendeur, supportera la perte ?

Le Code ne se prononce pas expressément sur l'effet de la condition résolutoire au point de vue des risques. Ce silence a peut-être sa raison dans celui de Pothier que le législateur de 1804 suivait pas à pas. Quoiqu'il en soit, la question se présente aujourd'hui, comme en droit romain, avec de sérieuses difficultés, lorsque la chose périt avant l'arrivée de la condition, qui se réalise ensuite.

Car si la condition ne se réalise pas, l'obligation est réputée avoir toujours été pure et simple, et on la traite comme telle, c'est-à-dire que la perte est évidemment pour le créancier, dans notre espèce, pour l'acheteur. (Art. 1138). Il en sera de même, s'il s'agit d'une condition résolutoire potestative de la part du vendeur. Ainsi, dans la vente faite sous la condition résolutoire de la faculté de rachat, la perte de la chose, survenue avant l'exercice de cette faculté, sera pour le compte de l'acheteur. Le vendeur, on le comprend, se gardera bien d'exercer une faculté qui l'obligerait à rendre le prix reçu sans recouvrer la chose qu'il a livrée.

Mais nous supposons la perte survenue *pendente conditione*, et la condition s'accomplissant ensuite. Il faut distinguer entre la perte totale et la perte partielle ou détérioration.

A. La perte est totale.—D'après l'opinion généralement suivie, la perte est pour l'acheteur, qui ne peut pas demander la restitution du prix, lorsque la condition résolutoire s'accomplit. L'acheteur serait débiteur de la chose sous condition suspensive, dans l'obligation sous condition résolutoire; et son obligation de restituer ne pouvant pas naître, lorsque la chose a péri, la résolution deviendrait impossible. Nous ne croyons pas, pour notre part, à cette coexistence de deux contrats distincts dans la vente sous condition résolutoire.

Il ne s'agit pas de la formation de nouvelles obligations, lorsque la condition résolutoire s'accomplit: il s'agit tout simplement de la résolution de celles qui s'étaient formées et qui sont réputées n'avoir jamais existé, en vertu du principe de la rétroactivité. « Elle remet les choses » au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » L'obligation est non avenue; donc le vendeur est toujours resté propriétaire, l'acheteur n'a jamais eu aucun droit sur la chose ; elle périt pour le soi-disant vendeur, qui en est toujours resté plein et entier propriétaire.

L'argument d'analogie que l'on veut déduire de l'art.

1182 ne vient pas. Car, si l'acheteur sous condition suspensive supporte les risques, c'est parce que les rédacteurs du Code ont considéré, à tort, selon nous, que l'obligation ne pouvait plus se former, faute d'objet, lorsque la chose avait péri ; mais cette raison, quelle qu'en soit la valeur, ne peut pas être invoquée pour empêcher la condition résolutoire d'accomplir son effet (1).

B. La perte n'est que partielle. — Ici encore, évidemment, nous mettrons les risques à la charge du vendeur, toujours en vertu du principe de la rétroactivité de la condition. Et ce qui nous confirme dans la pensée que l'art. 1182 doit être complètement écarté du débat, c'est que certains auteurs qui appliquent la disposition de ce texte au cas de perte totale, la repoussent lorsqu'il s'agit d'une simple détérioration.

Il y a là une contradiction évidente. Si l'acheteur sous condition résolutoire est réellement vendeur sous condition suspensive, il doit être traité toujours comme le serait celui-ci : or l'art. 1182 lui impose la perte partielle aussi bien que la perte totale. Mais nous compre-

(1) Duranton, t. 11, n° 91 ; Larombière, t. 2, n° 63. — En sens contraire : Colmet de Santerre, t. 5, n° 102 *bis* 4 ; Demolombe, 25, 461 ; Laurent, 17, 110.

nons qu'il est, en effet, impossible de soutenir, au cas de simple détérioration, que la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir. Seulement, cette concession ruine tout le système de ceux qui mettent les risques à la charge de l'acheteur, dans le cas de perte totale.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DES CONTRATS UNILATÉRAUX.

Nous prendrons pour type des contrats de ce genre, le Commodat ou Prêt à usage. L'application des principes que nous avons posés, ne soulève guère de difficultés lorsqu'il n'y a qu'une seule obligation.

Je vous ai prêté gratuitement mon cheval pour huit jours. Il meurt le quatrième jour. Qui supportera la perte, pour qui seront les risques? Evidemment pour le prêteur. L'emprunteur est un débiteur de corps certain, et il faut lui appliquer la règle générale des art. 1148 et 1302. C'est une force majeure qui l'empêche de donner ce à quoi il était obligé. Seulement, l'emprunteur devra prouver le cas fortuit ; et si cet accident est tel qu'il laisse

soupçonner une faute ou un fait imputable au débiteur, comme le vol ou l'incendie, il aura l'obligation de prouver que la perte s'est produite sans sa faute ni son fait, et que le hasard seul en est l'auteur.

La solution que nous venons de donner d'une façon absolue, est controversée, lorsque la perte est la conséquence du prêt, et n'aurait pas eu lieu si le prêteur avait gardé la chose par devers lui. Cependant, l'opinion générale se prononce, même dans ce cas, pour la décharge de l'emprunteur; et elle a, en sa faveur, l'autorité toujours considérable de Pothier. Ce n'est pas le prêt qui est la cause de la perte, c'est le cas fortuit. Le prêt n'en est que l'occasion. Or, l'emprunteur ayant donné, à la conservation de la chose, tous les soins d'un bon père de famille, a rempli toutes ses obligations; il doit donc être libéré, puisque c'est sans sa faute qu'il se trouve dans l'impossibilité de remplir son engagement (1).

Toutefois, l'art. 1882 prévoit deux cas où l'emprunteur supporte les risques, parce que la loi déclare qu'il a commis une faute.

1° L'emprunteur a deux chevaux, l'un lui appartient, l'autre est emprunté. Il se sert de ce dernier pour un tra-

(1) Art. 1148; Pothier, du Prêt à usage, n° 55; Rennes, 3 décembre 1813.

vail auquel le sien était très propre ; et pendant l'exécution de ce travail, le cheval emprunté est frappé de la foudre. L'emprunteur supportera la perte et devra payer au prêteur la valeur de son cheval, parce qu'il a commis une faute. En effet, ayant un cheval à lui, qui pouvait lui servir, il abuse du cheval prêté, en s'en servant lorsqu'il n'en a pas rigoureusement besoin. Mais il faut que l'usage prohibé, auquel l'emprunteur a consacré la chose, soit la cause et l'origine du cas fortuit, qui ne se serait pas produit autrement. Si, au lieu de tomber frappé de la foudre, le cheval était mort d'une maladie subite et imprévue, le prêteur supporterait la perte. Car cet accident se serait aussi bien produit en dehors du travail auquel le cheval a été employé. (1)

2° Si l'emprunteur, dans un accident, un naufrage, par exemple, qui l'obligeait à sacrifier sa chose ou celle du prêteur, a préféré sauver la sienne et laisser périr la chose empruntée, il répond de sa perte et doit en payer le prix. Le Code sanctionne là un devoir de délicatesse, une obligation morale: l'emprunteur doit se montrer reconnaissant du service que lui a rendu le prêteur, en préférant son intérêt au sien. Suivant certains auteurs, il faudrait voir là une réminiscence de l'ancienne théorie

(1) Demolombe, 28, 771 ; Troplong, du Prêt, n° 101.

dite « *des trois fautes*, » d'après laquelle le commodataire était tenu à une responsabilité très-rigoureuse.

Quoiqu'il en soit de cette hypothèse, que nous discuterons en exposant la théorie des fautes, tout le monde reconnaît que la décision du Code est très-équitable. Le prêteur rendant un service gratuit, compte sur la reconnaissance de l'emprunteur et sur sa vigilance et ses soins à lui conserver son bien.

Cette décision est incontestable, lorsque la chose prêtée est de valeur égale ou supérieure à celle du commodataire, qu'il a mise hors de danger.

Mais si la chose qui lui appartient et qu'il a sauvée, est de plus grande valeur que la chose empruntée, répondra-t-il encore de la perte de cette dernière? Ceci nous paraîtrait trop rigoureux. Le Code n'impose pas formellement cette responsabilité à l'emprunteur et nous croyons les principes contraires. La loi ne doit pas exiger de sacrifices trop considérables, sous peine de ne pas se voir obéie. Celui-là serait bien grand, au-dessus du commun. Un père de famille idéal pourrait seul s'y résoudre et la loi n'exige nulle part, du débiteur, une pareille conduite (art. 1137).

L'article 1883 cite enfin un dernier cas, dans lequel l'emprunteur répond, exceptionnellement, du cas fortuit : lorsque la chose est prêtée après estimation. Ce

n'est pas parce qu'on présume la vente, que l'on met les risques à la charge de l'empruteur : la vente, en effet, lui transférerait la propriété, et il est de l'essence du commodat que le prêteur reste propriétaire de la chose prêtée, comme l'indique le nom de « prêt à usage. » L'emprunteur supporte les risques, parce que la loi interprète ainsi l'estimation faite par les parties. Ce qui nous est encore une preuve que le Code ne considère pas la responsabilité des risques, comme inhérente à la qualité de propriétaire. Si le prêteur supporte la perte, en général, c'est en vertu de sa qualité de créancier et conformément au principe : « *res perit creditori.* » Il en est ainsi pour toutes les obligations produites par les contrats unilatéraux.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DES PRINCIPAUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES.

§ 1er.

Des obligations qui naissent du contrat de vente.

En traitant des risques dans les obligations en général, nous avons déjà parlé de la vente. Nous ne nous occuperons ici que : 1° des ventes de choses qui se font au poids, au compte ou à la mesure ; 2° des ventes des choses qu'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter ; 3° des ventes à l'essai.

1° Vente de choses au poids, au compte ou à la me-

sure. — Je vous vends, par exemple, dix muids de blé ou de pommes de terre, à prendre dans tel grenier. Avant le mesurage, ces denrées viennent à périr.

La perte peut être totale ou partielle.

1° La perte est totale. — Les risques sont pour le vendeur. Art. 1585 : « Lorsque des marchandises » ne sont pas vendues en bloc, mais au compte, au » poids ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, » en ce sens que les choses vendues sont aux risques » du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comp- » tées ou mesurées. » Ainsi, le vendeur supportera la perte, sans pouvoir réclamer le prix promis. Mais pourquoi ? Est-ce parce que la propriété n'est pas transférée, la vente n'étant pas parfaite ? Il semblerait bien résulter des travaux préparatoires, notamment des paroles de Cambacérès, du rapport de Jaubert et du discours de Grenier au Tribunat, que tel est le motif pour lequel le vendeur supporte les risques. Mais nous avons déjà fait remarquer qu'il n'y a pas de corrélation entre la transmission de la propriété et celle de la responsabilité des risques : par conséquent, les travaux préparatoires contiennent, dans les passages cités, des erreurs qui ne peuvent pas faire loi ni prévaloir contre les principes généraux. Selon nous, si le vendeur supporte les risques, c'est parce que, dans ces sortes de

ventes, les choses sont le plus souvent indéterminées quant à leur individualité. Ce sont donc des genres et les genres ne peuvent périr.

On voit, par les motifs que nous venons de donner, qu'il n'y a pas de dérogation au principe que nous avons posé en cette matière, à savoir que la chose périssait toujours pour le créancier : *res perit creditori* ; car ce principe, nous l'avons dit nous même, ne s'applique qu'aux corps certains et déterminés.

2° La perte est partielle.—Dans ce cas, d'après notre principe, la perte devrait être pour l'acheteur ; car la détérioration n'a pas rendu le mesurage impossible. Dans l'hypothèse que nous avons faite, de la vente de dix muids de blé à prendre dans tel grenier, la chose est assez déterminée pour que le vendeur puisse et doive veiller à sa conservation. Et si le vendeur a rempli son obligation, l'acheteur devrait aussi remplir la sienne qui est de payer tout le prix promis. Cependant il est certain que l'art. 1585 ne distingue pas entre la perte partielle et la perte totale. Nous déciderons donc que, dans les deux cas, les risques sont pour le vendeur, tout en faisant remarquer que faire supporter les risques au vendeur lorsque la perte est partielle seulement, c'est déroger, sans raison sérieuse, aux principes généraux (1).

(1) Laurent, t. 24, p. 143.

Il résulte du rapprochement des art. 1585 et 1586, que les risques de la perte partielle comme de la perte totale sont à la charge de l'acheteur du jour de la convention et avant toute opération ayant pour but de compter, peser ou mesurer les marchandises vendues, si cette vente a lieu *en bloc*. Pourquoi ? Parce que, alors, les choses sont déterminées, individualisées.

Mais à quel caractère reconnaître que la vente a été faite *en bloc ?* D'après Pothier, il y a ventes en bloc quand on vend pour un seul prix le contenu d'une chose, déclaré valoir tant de mesures. Par exemple : je vous vends pour 5,000 francs, le blé qui est dans mon grenier ; je déclare qu'il y en a dix hectolitres. D'après un passage du rapport qui fut présenté au Tribunat, lors de la rédaction du Code, on peut présumer que l'opinion de Pothier a été adoptée : « Dans le cas de vente en bloc, l'acheteur a reconnu implicitement qu'il consentait à prendre les marchandises sans autre vérification : c'est un risque qu'il veut courir. S'il y a plus qu'il ne l'espérait, il en profitera ; s'il y a moins, il en supportera la perte. »

L'art. 1585 est-il applicable aux ventes commerciales faites au poids, au compte ou à la mesure, sur demande adressée par un acheteur à un vendeur résidant dans une autre localité ? La Cour de cassation, sans rejeter

complètement l'application de cet article, a cependant déclaré récemment que les marchandises sont aux risques de l'acheteur dès qu'elles ont été pesées par le vendeur et remises au voiturier. La Cour, sans doute, a pensé que, dans ce cas, le voiturier avait pris livraison au nom de l'acheteur (1).

2° Vente de choses que l'on est dans l'usage de goûter.—Jusqu'à la dégustation, les risques sont pour le vendeur; car la perte de la chose met l'acheteur dans l'impossibilité de goûter, et la vente ne peut pas acquérir sa perfection. Que s'il y a simple détérioration, la dégustation, il est vrai, sera toujours possible; mais il dépendra de l'acheteur de rompre le marché, en déclarant que la chose ne lui agrée pas. On peut donc dire que, par dérogation forcée à la règle: *res perit creditori*, les risques, qu'il y ait perte totale ou simple détérioration, sont toujours pour le vendeur, c'est-à-dire pour le débiteur (2).

Notons, toutefois, que dans les ventes commerciales, si la convention ou l'usage est que le marchand s'en rapporte au vendeur, la condition de dégustation est supprimée en fait, et la chose est aux risques de l'acheteur

(1) Cassation, Chambre criminelle, 24 déc. 1875, D. 76, 1, 91.

(2) Laurent, t. 24, n° 143; Troplong, 101; Colmet de Santerre, t. 7, n° 8 *bis*, 1.

du jour de la convention, pourvu que la marchandise soit loyale et marchande, et que la vente ait eu lieu en bloc.

De même, dans les ventes non commerciales, lorsque le vendeur et l'acheteur n'habitent pas la même ville, les risques sont encore pour l'acheteur du jour du contrat, car la condition de dégustation est supprimée, pourvu toujours que la qualité soit loyale et marchande (1).

3° De la vente à l'essai.—Jusqu'à ce que la chose ait été essayée, les risques sont pour le vendeur, au moins pour la perte totale; car, après la perte, l'acheteur ne peut plus faire l'essai et la vente est censée n'avoir jamais existé. Cependant, comme l'essai n'est pas une condition purement potestative, que la chose, ayant une destination, l'acheteur n'est pas libre de la refuser, lorsqu'elle est apte à cette fin ; il supportera la perte partielle qui ne rendrait pas la chose impropre à l'usage auquel il la destinait (2).

Il nous reste à parler, pour terminer ce qui est relatif aux obligations qui naissent de la vente, des promesses de vente. Ces promesses peuvent être unilatérales ou synallagmatiques.

(1) Laurent, t, 24, 146 ; Troplong, n° 100, 2° et 3°; Duvergier, t. 1, n° 101.

(2) Laurent, t. 24, n° 150.

N° 1. PROMESSES UNILATÉRALES.

A. Promesse unilatérale de vendre. — Pour être obligatoire, il faut qu'elle soit acceptée. Je promets de vous vendre ma maison pour le prix de 100,000 francs, vous ne répondez rien : je ne suis pas obligé, il n'y a rien qu'une simple offre ou pollicitation que je puis rétracter quand je voudrai. Pour qu'il y eût une obligation, il faudrait un concours de volonté, de consentements ; il n'y en a pas eu. Donc, la question des risques ne se pose pas.

Si, au contraire, elle est acceptée, il se forme un contrat d'où naît l'obligation pour moi de vous livrer ma maison quand vous la réclamerez. Mais vous, vous n'êtes pas obligé de réclamer la maison et de me payer le prix que je vous ai fixé, aucun engagement ne vous lie. C'est bien là le contrat unilatéral de l'article 1103. Cependant la question est controversée par les auteurs et la jurisprudence se montre hésitante. Il nous semble pourtant impossible de dire qu'il n'y a pas là un contrat unilatéral. Sans doute celui à qui j'ai fait cette promesse de vente n'est obligé à rien, il achètera, s'il veut. Mais il en est ainsi dans tous les contrats unilatéraux, il y a toujours une condition potestative en faveur du créan-

cier, ce qui n'empêche pas le débiteur d'être lié. Ces principes nous paraissent, comme le dit M. Laurent, « d'une évidence mathématique. » (1)

Les risques, dans une pareille obligation, sont évidemment pour le promettant, comme dans tout contrat unilatéral, que la perte soit totale ou partielle : il n'y a, en effet, que lui, d'obligé. Les risques ne seront pour le créancier qu'au moment où il deviendra acheteur, en déclarant vouloir acheter. C'est alors, que, par l'effet du concours de volontés, la promesse unilatérale devient vente parfaite : jusque-là le créancier n'avait contracté aucune obligation. (2)

B. Promesse unilatérale d'acheter. — Je vous promets d'acheter votre maison pour le prix de 100,000 fr. ; vous ne répondez rien. Je ne suis pas lié ; il n'y a qu'une simple pollicitation que je puis retirer quand il me plaira. Mais vous acceptez. Alors se forme une obligation unilatérale en vertu de laquelle je suis tenu, sans

(1) T. 24, n° 9, Colmet-de-Santerre, t. 6, n° 10 bis 4. Aubry et Rau, t. 4 § 349 note 9. Demolombe, t. 25, n°s 325 et 327. Req. rej. 22 janvier 1868, Sir. 68, 1, 293. — En sens contraire : Merlin rép. et quest., v°. promesse de vente ; Angers, 27 août 1829, Dalloz, 1830, 2, 74 ; Lyon, 27 juin 1832, Sir, 33, 2. 285).

(2) Laurent, t. 24 n° 15 ; Aubry et Rau, t. 4, § 349. note 11 ; Toullier, 952 ; Troplong. 1, 119 ; Duvergier, 1, 123 ; Marcadé, art. 1589. Req, rej. 20 juin 1862, Sir, 62, 1, 706. — En sens contraire : Colmet-de-Santerre, t. 7, n° 10 bis 5).

que vous, créancier, soyez obligé. Vous ne le deviendrez qu'en déclarant vouloir vendre. Du concours des deux volontés naîtra un contrat de vente parfait. Jusqu'à ce moment, c'est le créancier à qui l'on a fait la promesse d'acheter, qui supporte les riques : n'étant lié par aucun rapport d'obligation, il supporte la perte en sa qualité de propriétaire, *res perit domino*. Il n'y a pas de difficulté pour la perte totale ; car le créancier aurait beau accepter la promesse d'acheter, une fois la chose détruite, la vente, qui n'existait pas encore, ne peut plus se former, faute d'objet. Au contraire, lorsque la perte n'est que partielle, la question est controversée, et M. Colmet de Santerre propose de la faire supporter à l'acheteur. Cela serait bien peu équitable, car le créancier, si la chose augmente de valeur, se gardera d'accepter : il profite des bonnes chances ; par réciprocité ne doit-on pas lui faire supporter les mauvaises, en vertu de l'adage connu : *ubi emolumentum, ibi onus ?* L'acheteur, en faisant sa promesse, n'a pas entendu se mettre à la merci de son créancier et être sa dupe. L'intention des parties doit faire loi, en l'absence de textes précis. Il y a, d'ailleurs, même raison de décider pour la perte partielle que pour la perte totale. S'il est vrai, comme nous le croyons, que le créancier n'est pas du tout obligé, il doit supporter tous les risques. Aussi, propo-

serions-nous l'application par analogie de l'art. 1601, qui est ainsi conçu : « Si une partie de la chose seule-» ment est périe au moment de la vente, il est au choix » de l'acquéreur d'abandonner la vente ou de deman-» der la partie conservée, en faisant déterminer le prix » par la ventilation. » Comme nous l'avons dit, en effet, la vente ne se forme que par la déclaration que fait le créancier de sa volonté de vendre ; le promettant n'achète réellement qu'à ce moment. (1)

N° 2. PROMESSES BILATÉRALES DE VENTE.

L'art. 1589 est ainsi conçu : « La promesse de vente » vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des » deux parties sur la chose et sur le prix. » Ici, les parties promettent l'une de vendre, l'autre d'acheter. Soit, par exemple, la promesse suivante : Pierre promet à Paul de lui vendre sa maison A, pour le prix de 100,000 fr. et Paul promet à Pierre de l'acheter pour le même prix. Notre hypothèse est bien celle de l'art. 1589 : il y a consentement sur la chose et sur le prix. Dans ces conditions, la promesse de vente vaut vente ; ce qui veut dire, ce semble, qu'elle a tous les effets de la vente, sans

(1) Laurent, t. 24, n° 20. — En sens contraire : Colmet de Santerre, t. 7, n° 10 *bis*, 7-9.

exception, puisque l'art. 1589 n'en fait pas. Donc, c'est une vente parfaite et les risques sont pour l'acheteur, du jour de la promesse. Cette solution paraît résulter avec évidence des termes clairs et précis de l'article 1589. Ce n'est cependant pas l'avis de tous les interprètes du Code, et un auteur a écrit que cette disposition est « d'un laconisme obscur. » (1) Nous croyons que cette disposition de loi ne saurait être plus explicite ni plus claire : mais on a prétendu qu'elle était tout-à-fait contraire à la tradition, et, pour tourner le texte, on a invoqué son esprit. Nous pourrions répondre avec Portalis : « Quand le texte de la loi est clair, il n'est pas » permis d'en éluder la lettre sous le prétexte d'en péné» trer l'esprit. » (2) Mais il est facile de démontrer que l'esprit est ici d'accord avec son texte.

Il ressort du titre tout entier de la vente que le contrat comprend trois éléments essentiels : une chose, un prix, et le consentement sur la chose et le prix. Or, dans la promesse de l'art. 1589, ces trois éléments se rencontrent : donc elle constitue une vente parfaite. C'est ce que nous dit Portalis, dans l'Exposé des motifs : « La promesse de vente vaut vente, parce qu'on trouve

(1) Bugnet sur Pothier, t. III, p. 199, note 1.

(2) T. I, n° 273.

en pareil cas, tout ce qui est de la substance du contrat de vente. » (1).

C'est ce que répète Faure, le rapporteur du Tribunat : « Si le contrat, au lieu de renfermer une vente, contient une promesse de vente, la promesse a la même force que la vente même, dès que les trois conditions se trouvent réunies, la chose, le prix et le consentement. » C'est aussi l'avis de Grenier, l'orateur du Tribunat « Il est un autre acte qui renferme la vente et qui en a *tous les effets*, quoique sous une dénomination différente; *c'est la promesse de vendre*. Cela résulte suffisamment de l'art. 8 du projet (qui est devenu l'art. 1589.) (2).

Nous sommes de l'avis de Grenier : cela résulte suffisamment de l'art. 1589. Et la tradition que l'on invoque, serait-elle absolument opposée à ce texte, que nous déciderions encore qu'il doit recevoir son application : car l'ancien droit a été abrogé tout entier par la loi du 30 ventôse an XII et il faut aujourd'hui s'en tenir aux textes du Code civil. Mais la tradition, que l'on invoque, est d'ailleurs incertaine et confuse. Pothier et Domat, les guides habituels des rédacteurs du Code et les seuls à peu près qu'ils aient suivis, ne disent rien des promesses *bilatérales* de vente. On a cité des témoignages

(1) Locré, t. 7, p. 71.
(2) Locré, t. 7, p, 90 et 108.

d'autres auteurs anciens, qui établissent que la promesse bilatérale de vente ne transférait pas la propriété. Sans doute, cela n'est pas douteux, autrement elle aurait eu plus d'effet que la vente elle-même. Mais il ne s'ensuit pas que ces auteurs ne lui reconnussent pas la même efficacité qu'à la vente. Sous le Code civil, la propriété est transférée par le seul effet de l'obligation, née du concours de volontés, ce concours existe dans la promesse que nous supposons, donc la vente est parfaite, la propriété est transférée, et les risques sont pour l'acheteur, non pas en vertu de sa qualité de propriétaire, mais de celle de créancier définitif.

Ajoutons que si les risques ne passaient pas à l'acheteur du jour de la promesse, il n'y aurait pas de différence entre la promesse bilatérale et la promesse unilatérale, ce qui est, il faut l'avouer, peu logique (1).

La promesse bilatérale peut être accompagnée d'un délai : Pierre promet de vendre et Paul promet d'acheter dans deux ans sa maison *A*. Change-t-elle alors de nature et les risques ne concernent-ils l'acheteur qu'à partir de l'expiration du terme ? Cela nous semblerait con-

(1) Duranton, 16, 51 ; Duvergier, 1, 124; Larombière, 1, art. 1138, n° 11; Colmet de Santerre, t. 7, n° 10 *bis*, 2 ; Aubry et Rau, 4, § 349, texte et note 7; Laurent, 24, n° 21. — En sens contraire : Marcadé, art. 1589, n° 5 ; Troplong, 1, 125-131 ; Toullier, 9, 92.

traire aux principes : quel est le rôle du terme ? c'est d'ajourner l'exécution de l'obligation sans en altérer la nature. Si donc la promesse bilatérale sans adjonction de délai, met les risques à la charge de l'acheteur, du jour où elle est faite, il en doit être ainsi de celle qui est à terme. Les tribunaux auront, au reste, un pouvoir d'appréciation pour décider si les parties n'ont pas entendu suspendre l'exécution de leur promesse jusqu'à l'expiration du terme ; mais, *à priori*, on ne doit pas présumer une pareille intention, les parties sont censées connaître la loi. Si on le faisait, on en arriverait à supprimer toute différence entre les promesses bilatérales et celles qui sont unilatérales (1).

Si la promesse bilatérale est conditionnelle, il faut appliquer les principes de la vente conditionnelle.

§ 2.

Des obligations qui naissent du contrat de mariage.

Nous croyons intéressant d'étudier la question des risques relativement aux obligations qui naissent sous

(1) Laurent, t. 24, nos 22 et 23 ; Colmet de Santerre, t. 7, n° 10 *bis*, 3.

les différents régimes matrimoniaux dont s'occupe le Code civil.

1° Du régime de communauté légale. — Ce régime ne nous arrêtera pas longtemps: les risques sont faciles à régler. Il convient d'abord de distinguer entre les biens de communauté et les biens propres à chaque époux.

A. Biens propres à chaque époux : la question des risques ne se pose même pas, chaque époux demeure propriétaire exclusif de ses propres, qui restent en dehors de tout rapport d'obligation avec la communauté. Donc, si ses meubles ou ses immeubles propres périssent par cas fortuit, c'est lui seul qui en supporte la perte ; c'est le cas d'appliquer la maxime : *res perit domino.*

Il faut toutefois faire exception pour les propres mobiliers fungibles, par exemple, des denrées, des sommes d'argent. La communauté en devient propriétaire en même temps qu'usufruitière, à charge de restituer, à la dissolution, d'autres choses de même valeur. Ce sera donc elle qui supportera la perte, en vertu de sa qualité de propriétaire exclusive : *res perit domino.*

B. Biens de communauté.— La communauté devient propriétaire, en principe, de tous les meubles et de certains immeubles, dans les cas déterminés par la loi. Elle en est propriétaire exclusive, sans être tenue, envers les époux individuellement, d'aucune obligation. C'est donc

elle qui en supporte incontestablement la perte ; en d'autres termes, les époux partagent la perte et la supportent chacun pour moitié. L'application des règles générales ne souffre pas de difficultés ;

2° Des clauses qui modifient ou excluent la communauté.

Ici encore, il faut appliquer les règles générales. Lorsque le contrat de mariage contient des clauses de réalisation, c'est-à-dire qui excluent le mobilier en tout ou en partie, le mobilier réalisé est aux risques de l'époux qui en demeure propriétaire, sans contracter, relativement à lui, aucune obligation vis-à-vis de la communauté (1).

Seules, les clauses d'ameublissement de certains immeubles nous arrêteront un instant. L'art. 1505 est ainsi conçu : « Lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs, cette clause s'appelle ameublissement. » Ainsi, cette clause a pour but de faire entrer en communauté des immeubles qui de droit commun, doivent rester propres aux époux. C'est la clause inverse de la réalisation : celle-ci a pour but l'immobilisation des meubles ; celle-là, la mobilisation des immeubles. Elles tendent toutes deux à rétablir l'égalité entre les apports

(1) Laurent. 23, 211 ; Req. rejet, 9 juin 1836.

de deux époux, dont l'un a une fortune purement mobilière et l'autre une fortune purement immobilière. L'ameublissement peut être déterminé ou indéterminé.

A. Ameublissement déterminé.—Cet ameublissement se produit : 1° quand un époux a déclaré ameublir un tel immeuble en tout (art. 1506.) ; ou plusieurs immeubles ; ou seulement la fraction de tel immeuble, le tiers, le quart, pour sa valeur totale ; car ce tiers, ce quart constitue un immeuble déterminé. (1)

L'effet de cet ameublissement est de rendre l'immeuble ou les immeubles qui en sont frappés biens de la communauté comme les meubles mêmes. (Art. 1507.) Il suit de là que la communauté devient propriétaire de ces immeubles ameublis et que, partant, ils sont à ses risques, aussi bien pour la perte partielle ou simple détérioration que pour la perte totale ; en ce sens qu'elle n'a aucun recours à exercer contre l'epoux qui les a ameublis. Cet époux, en effet, n'est lié, du chef de ces immeubles, par aucun rapport d'obligation vis-à-vis de la communauté, qui devient propriétaire exclusive et absolue. C'est donc ici le cas d'appliquer la maxime

(1) Colmet de Santerre, t. 4 n° 171 bis 6. — En sens contraire : Rodière et Pont, t. 3, n°s 1409-1411 ; Troplong, t. 2, n° 2005.

res perit domino. Il n'y a pas d'obligation ; par suite, notre règle : *res perit creditori*, ne subit pas d'échec (1).

2° L'ameublissement est encore déterminé, aux termes de l'art. 1506, « quand l'époux a déclaré ameu- » blir et mettre en communauté un tel immeuble jus- » qu'à concurrence d'une certaine somme. » Il résulte du rapprochement du dernier alinéa de l'art. 1507 avec le premier de l'art. 1508 que la communauté devient propriétaire des immeubles ameublis jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Mais elle ne le devient pas en tout, c'est seulement pour la partie de l'immeuble représentant la somme portée au contrat, l'époux reste propriétaire de l'excédant de valeur. C'est ce qui résulte de la fin du dernier alinéa de l'art. 1507 : « Le mari peut l'hypothéquer (l'immeuble de la » femme ameubli pour une certaine somme,) jusqu'à » concurrence seulement de la *portion ameublie*. » Ainsi, la communauté et l'époux sont copropriétaires. Dans ces conditions pour qui seront les risques ? Distinguons entre la perte partielle et la perte totale. — Si la perte est totale, l'époux et la communauté la supporteront de concert, chacun dans la mesure de leur copropriété. La communauté est propriétaire, comme

(1) Rodière et Pont, 3, 1401 ; Laurent, 23, 261.

nous l'avons dit, elle n'est pas débitrice d'un genre, d'une valeur. L'époux ne met pas une somme en communauté, il y met un immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme. — Si la perte est partielle, s'il s'agit d'une simple détérioration ou dépréciation, tout dépend des termes de la clause d'ameublissement. L'époux ameublit un héritage jusqu'à concurrence de 20,000 francs, la communaute en devient propriétaire, jusqu'à concurrence de cette somme, la portion qui reste demeure propre à l'époux. Lors du partage, l'immeuble ne vaut plus que 15,000. La propriété est tout entière à la communauté, qui supportera la perte de 5,000 francs. — Cet héritage, qui valait 20,000 francs au jour de l'ameublissement, n'a été ameubli que pour 15,000. Au jour du partage, il ne vaut plus que 15,000 : la communauté prendra tout ; l'époux supportera la perte de 5,000. S'il y a augmentation de valeur le profit sera pour l'époux ; car le droit de la communauté est fixe et ne peut dépasser la somme fixée au contrat.

En règle générale, on peut dire que la communauté ne supportera la perte qu'autant que l'immeuble n'aura pas, au jour du partage, une valeur égale à celle pour laquelle il a été ameubli ; autrement, la perte sera toujours pour l'époux. (1)

(1) Laurent, t. 23, 270; — Rodière et Pont, t. 3, n° 1410; — Troplong, t. 2, n° 2001.

B. Ameublissement indéterminé. — Il est tel, nous dit l'art. 1506 : « quand l'époux a simplement déclaré » apporter en communauté *ses immeubles* jusqu'à con- » currence d'une certaine somme. » L'ameublissement est dit indéterminé parce qu'il porte, d'une façon générale et sans détermination aucune, sur tous les immeubles présents et futurs de l'époux. Cet ameublissement ne rend pas la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés (art. 1508). L'époux, restant propriétaire, supporte les risques : tant qu'il conserve des immeubles, il a l'obligation de les comprendre dans le partage de la communauté jusqu'à concurrence de la somme portée au contrat. La perte ne serait pour la communauté qu'autant que l'époux ne conserverait pas d'immeubles suffisants pour la remplir de la somme stipulée.

3° Du régime dotal. — Dans ce régime, les biens de la femme sont divisés en deux classes : les biens dotaux et les biens paraphernaux. En principe, la femme conserve la propriété, non-seulement des paraphernaux, cela va de soi, mais encore des biens dotaux. Le mari ne devient propriétaire des objets constitués en dot que par exception : 1° Pour les objets mobiliers, lorsqu'ils sont estimés dans le contrat. Encore peut-on stipuler, même dans ce cas, que la propriété en restera à la femme.

(art. 1567 et 1551.) 2° Pour les immeubles, lorsqu'ils ont été estimés et qu'il y a déclaration expresse que la propriété en est transférée au mari (1552). Cette distinction a une grande importance relativement au règlement des risques.

Dans les deux cas exceptionnels où le mari devient propriétaire des biens dotaux, c'est lui qui supporte les risques. Il est bien débiteur vis-à-vis de sa femme ou de ses héritiers, mais débiteur du prix auquel les choses dotales ont été estimées, c'est-à-dire débiteur d'un *genre;* or, nous savons que, dans les dettes de *genre,* le débiteur n'est jamais libéré par la perte fortuite de la chose, car il peut toujours payer sa dette, conformément à l'adage : « *genus nunquam perit.* »

Au contraire, lorsque conformément à la règle générale, la femme reste propriétaire, c'est elle qui supporte les risques : le mari, en effet, doit dans ce cas, restituer les objets mêmes, *in specie,* apportés en dot, il est donc débiteur de corps certain et il faut lui appliquer le principe : « *interitu fortuito rei certæ, liberatur debitor* » et à la femme, par contre la règle : *res perit creditori.* Seulement, le mari, d'après les principes généraux, doit prouver le cas fortuit qu'il allègue. S'il ne le peut pas, il devra compte à la femme de la valeur qu'auraient eue les biens dotaux au jour de la restitution, de manière à la rendre complètement indemne.

L'article 1566 (deuxième alinéa) fait une dérogation à la règle que nous venons de poser, relativement aux effets d'habillement de la femme, aux *linges et hardes*, comme dit peu élégamment le Code civil. Que les linges et hardes soient ou non devenus la propriété du mari, la femme peut, dans tous les cas, retirer ceux qui sont à son usage actuel, au moment de la dissolution du mariage. Ainsi, d'après le droit strict, le droit commun, si les linges et hardes n'avaient pas été estimés dans le contrat, elle ne pourrait réclamer que les linges et hardes, qu'elle a apportés en se mariant, c'est-à-dire des guenilles ou même des souvenirs si le mariage a duré de longues années. Par des raisons d'humanité et de convenances, devant lesquelles devait fléchir la rigueur du droit, la femme pourra garder son trousseau, tel qu'il existe au moment de la restitution de la dot. Le mari perçoit tous les revenus de la femme, il doit pourvoir à ses besoins. Il en résulte que les linges et hardes apportés par la femme sont aux risques du mari, pour lequel ils périssent et se détériorent. Toutefois, si la femme avait reçu en dot un trousseau estimé, dont elle peut réclamer le prix (art. 1551), elle doit imputer sur ce prix la valeur actuelle des effets qu'elle reprend. (Art. 1566).

La dot comprend des obligations ou constitutions de

rentes : elles périssent ou souffrent des retranchements. Le débiteur devient insolvable en tout ou en partie ; les rentes sur l'Etat (il faut le supposer) ne sont plus payées ou sont réduites par une conversion quelconque : le mari est-il responsable, supporte-t-il les risques ? Non, répond l'art. 1567 : « il en sera quitte en restituant les contrats (lisez : les titres). » Cette solution est conforme aux principes : ces obligations, ces rentes sont des corps certains, et le mari, débiteur, est libéré par la perte fortuite.

De même, au cas de constitution en dot d'un usufruit ou d'une rente viagère reposant sur la tête d'un tiers. Le droit est considéré en lui-même comme un être abstrait, comme un corps certain : son extinction libère le mari.

§ III.

Des obligations naissant du contrat de louage.

Nous devons distinguer le louage de choses et le louage d'ouvrage ou d'industrie.

N° 1. LOUAGE DE CHOSES.

Dans le louage de choses, le Code civil a conservé la règle romaine, qui est, du reste, la règle logique et phi-

losophique : les risques sont pour le propriétaire. Le locataire est débiteur d'un corps certain, il doit donc être libéré par la perte fortuite, et le propriétaire, créancier de la restitution, doit supporter cette perte. C'est toujours l'application de notre principe : *res perit creditori*. Mais le preneur doit prouver que les pertes ou les dégradations ont eu lieu sans sa faute.

C'est encore l'application du droit commun et du principe établi par l'article 1302. Le bailleur demande la restitution de la chose louée. Comme à tout demandeur, il lui suffit de prouver le fondement de sa demande, c'est-à-dire l'existence du bail et la délivrance de la chose louée. Une fois que c'est établi, le preneur défendeur ne peut se soustraire à l'obligation de restitution qu'en prouvant le fondement de l'exception de libération, c'est-à-dire le cas fortuit. Ces principes sont solidement établis par les articles 1302 et 1245. Le débiteur doit toujours prouver le cas fortuit qu'il allègue ; en d'autres termes, démontrer que la chose a péri sans sa faute ni son fait. C'est une différence avec la faute dont s'occupe l'article 1382, qui est qualifiée délit ou quasi-délit. C'est en effet, à celui qui demande la réparation d'une faute de ce genre à établir le délit ou le quasi-délit commis en dehors de toute obligation.

Il n'en est pas de même de la faute conventionnelle :

la distinction est certaine, malgré le dissentiment de deux savants auteurs, Duvergier et Toullier.

Nous traiterons avec quelque détail des risques de la chose louée en cas d'incendie.

L'art. 1733 est ainsi conçu : « Le preneur répond de » l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est » arrivé par cas fortuit, ou par vice de construction, ou » que le feu a été communiqué par une maison voisine. » Nous croyons avoir établi, en commençant l'étude de la théorie des risques, que tout débiteur de corps certain, qui allègue que la chose due a péri dans un incendie, doit prouver que cet incendie ne peut lui être imputé : sa libération est à ce prix, parce qu'il pèse sur lui une probabilité, une présomption de faute, qui empêche que l'incendie puisse être, *à priori*, considérée comme un cas fortuit. Donc, l'article 1733, qui n'est qu'une application du principe de l'article 1732, ne déroge pas au droit commun en obligeant le preneur à prouver que l'incendie a eu lieu sans sa faute, mais confirme, au contraire, le principe de l'article 1302.

Mais comment le preneur fera-t-il cette preuve? C'est ici que l'art. 1733 semble déroger au droit commun, car il limite, en apparence du moins, les moyens de preuve. « Le preneur, dit ce texte, répond de l'incendie, à moins » qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas for-

» tuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou » que le feu a été communiqué par une maison voisine. »

Ces expressions sont-elles limitatives? Ou doit-on, pour les interpréter, les rapprocher de l'article 1732, qui porte : « ... A moins qu'il ne prouve qu'elles (les pertes ou les dégradations) ont eu lieu sans sa faute » et leur donner le sens qu'elles ont dans cet article? Nous croyons que c'est la meilleure manière de les interpréter et qu'elles signifient simplement que le preneur doit prouver que l'incendie est arrivé sans sa faute. C'est l'opinion de la plupart des auteurs ; elle est consacrée par la jurisprudence.

En principe d'abord, il est certain que le débiteur d'un corps certain détruit jouit de la plus entière liberté dans le choix de ses moyens de preuves ; aucune raison, ni de droit ni d'équité, ne justifierait les restrictions qu'on pourrait être tenté de voir, au premier abord, dans l'art. 1733. Ce serait une véritable anomalie : il faudrait donc donner des raisons bien sérieuses pour la motiver. Or les auteurs qui entendent le texte dans un sens restrictif, ne donnent aucune explication satisfaisante. MM. Aubry et Rau (1), se contentent d'invoquer la lettre de la loi : c'est la question par la question, puisqu'il

(1) T. 4, § 367, note 22.

s'agit précisément de l'interpréter. Marcadé (1) explique l'article 1733 entendu dans un sens restrictif, en disant que la loi a voulu forcer les locataires à une vigilance plus grande. Nous le voulons bien ; mais alors, permettez-leur, au-moins, de prouver qu'ils ont déployé toute la vigilance possible. Les obliger à faire connaître la cause de l'incendie, qui peut émaner de voisins, de tiers complètement inconnus, c'est leur demander l'impossible. La loi n'a pas pu le faire.

Quelle était la tradition ? Pothier, à qui les rédacteurs du Code ont emprunté l'art. 1733, va nous le dire : « Comme les incendies arrivent ordinairement par la faute des personnes qui habitent dans les maisons, lorsqu'une maison est incendiée, l'incendie est facilement présumé arrivé par la faute du locataire. C'est pourquoi il est en ce cas tenu de rétablir la maison incendiée, à moins qu'il ne justifie que l'incendie est arrivé par un cas fortuit, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine » (2).

Les circonstances citées par Pothier n'ont rien de limitatif, il ne les cite qu'à titre d'exemples. La preuve, c'est qu'il ne parle pas du vice de construction, qui aurait occasionné l'incendie, et on ne peut pas croire, ce-

(1) T. 6, art. 1733, n° 1.

(2) Pothier, du louage, n° 194.

pendant, que Pothier rejetait cette cause de justification. Donc, d'après Pothier, le preneur est admis à prouver qu'il n'est pas en faute, conformément au droit commun. Pourquoi le Code civil aurait-il admis une autre doctrine? Si cela est, nous en trouverons la trace dans les travaux préparatoires. Voici comment s'exprimait M. Jaubert, l'orateur du Tribunat : « Un incendie » a consumé la chose louée ; le bailleur doit-il suppor- » ter l'événement, ou du moins ne peut-il recourir » contre le preneur que dans le cas où il pourrait prou- » ver que l'accident provient de la faute ou de la négli- » gence du preneur? ou bien est-ce au preneur à prou- » ver les cas fortuits. » Qui doit prouver le cas fortuit? Voilà la seule question que les rédacteurs du Code ont discutée et qu'ils ont tranchée contre le preneur. Le tribun Jaubert ajoute : « La loi n'établit qu'une pré- » somption. Cette présomption peut être *détruite par* » *une preuve contraire*; mais la présomption devait » être établie contre le preneur, parce que, d'une part, » le bailleur n'avait aucun moyen de prévenir ni d'évi- » ter l'accident et que, de l'autre, les incendies arrivent » ordinairement par la faute de ceux qui habitent » dans la maison. » (1) Ainsi, le preneur peut détruire la présomption qui pèse sur lui par

(1) Locré, t. 7, p. 211.

la *preuve contraire*, d'une manière générale : rien, dans les passages que nous venons de citer, qui indique une limitation quelconque à son droit. Tout ce que décide la loi, c'est que l'incendie est un de ces cas fortuits qui supposent une faute chez le locataire ou ses domestiques : partant, il devra prouver que cette supposition est mal fondée en ce qui le concerne. Voilà tout.

Mais alors, dit-on, l'art. 1733 n'est qu'une répétition inutile de l'art. 1732, qui pose d'une manière générale le principe que le preneur répond de la perte de la chose louée, à moins qu'il ne prouve qu'elle a eu lieu sans sa faute. Nous répondons que l'article 1733 a pour but d'appliquer la disposition de l'article 1732 au cas d'incendie, et que cette application était nécessaire, puisque, comme le dit le tribun Jaubert (1), ce point était controversé dans l'ancien Droit et donnait lieu à une foule de distinctions très-peu logiques.

On demande alors pourquoi cette énumération de circonstances que fait l'article 1733 ? La réponse est bien simple, c'est que Pothier la faisait et les rédacteurs du Code, qui l'avaient sous les yeux, l'ont religieusement transcrite, en l'enrichissant même. Est-ce dans une pensée de limitation ? Voilà bien le cas où jamais de rechercher l'esprit de la loi : or, Jaubert nous indique quel

(1) Loc. cit.

est cet esprit : le preneur est admis à la *preuve contraire,* d'une façon générale. Le législateur a indiqué les faits les plus usuels qui constituaient cette preuve contraire ; mais il ne peut avoir eu la prétention d'en prévoir l'infinie variété.

Quant à cette formule restrictive : « à moins que » elle était aussi dans Pothier, qui professait cependant la doctrine que nous soutenons : cela nous paraît décisif. C'est au reste, en ce sens que se prononcent la plupart des auteurs et que la jurisprudence s'est déclarée. (1).

L'article 1733 ne contenant pas de dérogation au droit commun, et ne faisant, au contraire, qu'exprimer les principes généraux, doit être appliqué à tous les débiteurs tenus, vis-à-vis du créancier, à restitution.

N° 2. — LOUAGE D'OUVRAGE OU D'INDUSTRIE.

Il peut se présenter deux hypothèses : 1° C'est le maître qui fournit la matière que l'ouvrier ou l'artiste doit façonner ; 2° L'ouvrier ou l'artiste fournit à la fois la matière et son travail.

(1) Duvergier, 1, 435 ; Troplong, 2, 382 ; Laurent, 25, 279 ; Rouen, 16 janvier 1845, Sir, 45, 2, 473 ; Req. rej. 14 novembre 1853, Sir. 54, 1, 676; Chambéry, 10 avril 1867, Sir. 67, 2, 212. C'est aussi la jurisprudence des cours de Belgique. Liège, 23 mai 1868. En sens contraire : Toullier, XI, 161 ; Marcadé, art. 1733, n° 1 ; Aubry et Rau, § 367, note 22.

1° Le maître fournit la matière.—Dans ce cas, c'est lui qui supporte les risques et la perte est pour lui, lorsque la chose périt par cas fortuit. Cette responsabilité, on la lui impose, non pas tant en sa qualité de propriétaire qu'à cause de celle de créancier d'un corps certain. Dans le louage d'ouvrage, l'ouvrier est débiteur d'un corps certain, il n'est tenu qu'aux soins d'un bon père de famille, il est donc libéré par le cas fortuit, lorsqu'il n'est pas en demeure. Mais c'est à lui à prouver le cas fortuit qu'il allègue. Pour s'exempter de livrer le corps certain dont il est débiteur, il doit prouver qu'un cas fortuit l'en empêche, conformément au principe général sur la preuve, établi par l'article 1302 et dont l'article 1732 fait une application au louage. (1)

2° L'ouvrier fournit la matière.—Dans ce cas, c'est lui qui supporte les risques et la perte de la chose, partielle ou totale, arrivée par cas fortuit. C'est une sorte de vente, sous la condition suspensive de la réception de l'ouvrage, si la chose est déterminée; si la chose est indéterminée, la perte est encore pour lui, puisque dans les ventes de chose indéterminée, la perte est supportée par le vendeur. (2)

(1) Duvergier, 2, 395; Colmet de Santerre, 7, n° 243 *bis* 1. En sens contraire: Req. rej .22 avril 1872 D. 73, 1, 119.

(2) Delvincourt, sur l'art. 1788; Duranton, 17, 250; Laurent, 26, n° 6; Duvergier, 11, 337; Aubry et Rau, § 374, note 1.

L'ouvrier perd non-seulement le prix de ses matériaux, mais encore le prix de son travail. En effet, le maître promet le salaire pour la jouissance du travail, non pas pour le travail lui-même.

L'ouvrier perd aussi son salaire dans la première hypothèse où c'est le maître qui fournit la matière, et cela pour la même raison. L'article 1790 cite cependant un cas où il y a droit alors : c'est lorsque la chose périt par le vice de la matière. Et encore, faut-il remarquer que, même dans ce cas, l'ouvrier n'aurait pas droit à son salaire, si, à raison des connaissances spéciales de son art, il avait dû découvrir et connaître ce vice : sa négligence ou son incapacité le constituerait en faute. On impose cette responsabilité aux architectes et entrepreneurs pour le vice du sol, les raisons sont les mêmes pour l'imposer aux ouvriers. (1)

La mise en demeure produit ici son effet ordinaire : si donc le maître était en demeure de recevoir l'ouvrage au moment où la chose a péri, les risques sont à sa charge et c'est lui qui supporte la perte : c'est l'application des principes généraux sur la mise en demeure.

Les solutions que nous venons de donner pour les ouvriers, artisans ou artistes, sont applicables aux

(1) Art. 1792. Aubry et Rau, § 374, note 8; Colmet de Santerre, 7, 243 *bis* IV; Laurent, 26, 14.

entrepreneurs et aux architectes qui exécutent eux-mêmes les travaux : ce sont en effet des ouvriers, dans le sens légal du mot. (1)

Dès que le maître a vérifié et reçu l'ouvrage, les risques passent à sa charge et la responsabilité de l'ouvrier cesse. Le maître est présumé renoncer à son action.

Cela va tout seul, lorsqu'il s'agit de vices que l'on peut découvrir avec un peu d'attention. Mais que décider pour ceux qu'il est impossible d'apercevoir ? On ne saurait en déclarer l'ouvrier responsable, car la loi ne limitant pas cette responsabilité, il faudrait décider qu'elle dure 30 ans. Ce serait exorbitant et en opposition manifeste avec l'intention du législateur qui limite à dix ans cette responsabilité pour l'architecte. On ne peut non plus appliquer aux ouvriers, par analogie, la disposition de l'article 1792, qui décide que l'architecte n'est responsable que pendant dix ans. Car s'il est vrai de dire que tout entrepreneur est un ouvrier, la réciproque ne peut pas se soutenir ; tout ouvrier n'est pas un entrepreneur. La rigueur des principes nous conduirait donc à un résultat condamnable et nous croyons meilleur d'admettre que l'ouvrier est complétement dé-

(1) Aubry et Rau, § 374, n. 4 ; Req. rej., 11 mars 1839, Sir. 39, 1, 180. En sens contraire : Req. rej. 13 août 1860, D. 61, 1, 105.

chargé après la vérification ou la réception de l'ouvrage par le maître. (1)

Quant à la responsabilité spéciale des entrepreneurs et architectes, dont parle l'article 1792, pour les édifices par eux construits, elle ne s'étend pas, nous l'avons dit, aux cas purement fortuits : ils ne sont responsables de la destruction des édifices, une fois la réception faite, qu'autant qu'elle est produite soit par un vice de construction, soit par un vice du sol. Il faut ajouter à ces cas de responsabilité, les vices du plan et les vices des matériaux dont répond également l'architecte. Dans ces quatre cas, en effet, il est en faute. Cette responsabilité est spéciale, en ce qu'elle ne s'éteint pas comme celle des ouvriers, par la vérification ou la réception de l'édifice opérée par le maître : elle dure pendant dix ans, à partir de ce moment. Sur quoi est fondée cette différence dans la manière de traiter les architectes ou entrepreneurs, et les ouvriers ? Sur ce motif que l'édifice a d'ordinaire, au moment de son achèvement, toutes les apparences de la solidité et qu'il est presque impossible, surtout à un homme qui n'est pas du métier, ce qui est

(1) Locré, t. 7, p. 173, paroles de M. Bérenger dans la séance du Conseil d'Etat du 14 nivôse an XII. Duvergier, 2, 398 ; Troplong, 991 ; Laurent, 26, n° 16. En sens contraire : Aubry et Raû, § 374, t. 4, p. 528 texte.

le cas de la plupart des propriétaires, de découvrir des vices tout intérieurs.

Mais suffit-il que la perte arrive dans les dix ans de la réception des travaux, pour que, par cela seul l'architecte soit responsable? Non, un cas fortuit peut l'atteindre, même après la réception des travaux, et les architectes, les entrepreneurs n'en sont pas responsables.

Leur responsabilité est conditionnelle : elle n'existe que si l'édifice périt par l'un des quatre vices que nous avons énumérés. C'est donc au propriétaire à prouver que la condition est accomplie et que la perte est arrivée par l'un de ces vices. On a cependant soutenu, et la jurisprudence a consacré cette doctrine, que l'art. 1792 établit contre les architectes et entrepreneurs une présomption légale de faute, lorsque la perte de l'édifice se produit dans les dix ans, et que c'est à eux à fournir la preuve contraire. Selon nous, l'article 1792 ne dit rien de semblable. Il dit simplement, que si l'édifice périt par vice du sol ou de construction, dans le délai de dix ans, l'architecte est responsable; il ne décide pas que, dans ce cas, la perte lui est imputable, jusqu'à preuve contraire. Et il faudrait que ses termes fussent tels pour que la solution que l'on donne fût légitime; car on ne crée pas, sans texte, de présomption de faute : l'induction est ici défendue. Non-seulement les termes de l'art.

1792 ne justifient pas la présomption de faute que l'on veut faire peser sur les entrepreneurs et architectes, mais les travaux préparatoires indiquent que telle n'a pas été la pensée de la loi. L'article 1792 a soulevé, devant le Conseil d'État, une assez longue discussion; dans aucun des discours, il n'a été question d'une présomption légale de faute.

La jurisprudence, qui condamne, en théorie, la doctrine que nous soutenons, lui donne cependant raison en pratique: les tribunaux nomment des experts pour rechercher la cause de la destruction de l'édifice. Donc, d'après eux-mêmes, la loi ne déclare pas de plano, l'architecte en faute, puisqu'il est besoin d'une expertise pour établir cette faute. Notre conclusion est donc que les architectes ou entrepreneurs n'ont pas à prouver un cas fortuit pour ne pas être responsable de la ruine de l'édifice, mais que c'est au contraire au propriétaire à prouver qu'ils sont en faute, en établissant que l'édifice s'est écroulé par suite d'un des quatre vices cités plus haut. (1)

(1) Colmet de Santerre, 7, 245 *bis* I. Laurent, 26, nos 31-32. En sens contraire: Delvincourt, 2, p. 216; Troplong, 3, 1001; Duvergier, 2, 353; Marcadé, art. 1792-93 n° 1; Aubry et Rau, 4, § 374 note 18.

§ IV.

Des obligations qui naissent du contrat de société.

Une société est formée : l'apport de l'un des associés périt par cas fortuit. Si la chose a été livrée à la société, elle est devenue seule et unique propriétaire ; l'associé, en tant qu'individu, a perdu tout droit sur elle : c'est donc la société qui supportera la perte. Mais si la tradition n'a pas eu lieu, qui supportera les risques ? Il faut distinguer l'apport de propriété et l'apport de jouissance.

A Apport de propriété.—L'associé s'oblige à apporter, dans la société, la propriété d'une chose déterminée ; cette chose vient à périr par cas fortuit. Pour qui la perte ? D'après le principe que nous avons bien souvent appliqué, la question n'est pas douteuse : l'associé est débiteur d'un corps certain, la société en est créancière. L'associé sera libéré par le cas fortuit et la société supportera la perte : *res perit creditori*. C'est aussi l'avis de Pothier : « Lorsque la chose que l'associé a promis » d'apporter est un corps certain et déterminé et qu'elle » vienne à périr sans la faute de l'associé et avant qu'il » ait été constitué en demeure de la livrer, il est quitte » de son obligation, comme s'il l'avait apportée. » (1)

(1) Pothier, de la Société, n° 110.

Ce sont bien là les principes généraux déposés dans les articles 1138 et 1302. Le Code civil y a-t-il dérogé, au Titre de la société ? L'article 1867, premier alinéa, est ainsi conçu : « Lorsque l'un des associés a promis » de mettre en commun la propriété d'une chose, la » perte survenue avant que la mise en soit effectuée » opère la dissolution de la société par rapport à tous » les associés. » Cette disposition paraît bien prévoir notre hypothèse et celle de Pothier et à première vue, il ne semble pas douteux qu'elle ne consacre une opinion contraire à la sienne et une dérogation aux principes généraux sur les risques : elle dit en effet que la société est dissoute, donc l'associé n'aura aucun droit à exercer en vertu de sa promesse d'apport et par conséquent c'est lui seul qui supportera exclusivement la perte.

Tel est l'avis de M. Bugnet, l'annotateur de Pothier. (1)

Nous repoussons cependant cette interprétation, d'accord avec la majorité des auteurs. D'une part, ce serait une dérogation au droit commun et à la tradition que rien ne justifierait et dont on ne trouve aucune mention dans les travaux préparatoires. D'autre part, le

(1) Bugnet sur Pothier, t. 4, p. 281, note 2.

premier alinéa de l'art. 1867, pris dans le sens que l'on veut lui donner, se trouverait en contradiction avec le troisième, qui s'exprime ainsi. « Mais la société n'est » pas rompue par la perte de la chose, dont la propriété » a déjà été apportée à la société. » D'après cet alinéa, la chose est aux risques de la société du jour où la propriété lui en est transférée, puisqu'elle n'est pas rompue par sa perte et que l'associé peut exercer ses droits dans la société. Or nous savons que la propriété est transférée par le seul effet des obligations (art. 1138.)

Donc, du jour de la promesse d'apport, la chose est aux risques de la société, d'après le troisième alinéa de l'article 1867. Ainsi, à quelques lignes d'intervalle, nous aurions, dans le même texte, deux dispositions absolument contradictoires : il est impossible que le législateur ait commis une pareille légéreté. Il n'y a qu'une manière satisfaisante d'expliquer l'article 1867 et de faire disparaître la contradiction qui paraît exister entre son premier et son troisième alinéa. C'est de supposer, ce qui est très-vraisemblable, que le premier prévoit une hypothèse autre que celle du troisième, par exemple : 1° L'apport est conditionnel et la condition se réalise postérieurement à la perte : comme il n'y a plus d'objet en ce moment, la condition ne peut s'accomplir et la promesse d'apport est réputée n'avoir jamais existé, partant

la société n'a jamais été créancière. 2° La société a été contractée sous une condition et elle ne s'effectue que postérieurement à la perte : dans ce cas encore, la société n'a jamais été créancière. 3° Il a été stipulé que la société ne commencerait qu'à une certaine époque : la chose promise vient à périr avant l'arrivée du terme. Dans les trois cas, non-seulement la propriété n'est pas transférée, mais la société ne devient même pas créancière ; le rapport contractuel d'obligation n'est pas formé entre la société et celui qui a promis l'apport, ce qui explique que la perte est pour le propriétaire, comme cela a lieu lorsqu'il n'existe relativement à elle, aucune convention. *Res perit domino.* Mais si l'associé avait simplement reculé et ajourné la translation de la propriété, il faudrait appliquer ici la règle générale sur les risques dans les obligations. En effet, malgré l'apposition du terme, la société n'en deviendrait pas moins créancière, et *res perit creditori.*

Ainsi expliqué, l'art. 1867 concorde très-bien avec le droit commun en matière de risques. En dehors des cas que nous avons cités, la perte sera pour la société créancière qui ne sera pas dissoute ; l'associé privé de son apport par cas fortuit, exercera néanmoins ses droits sur l'actif social.

Cette interprétation, qui est celle de la majorité des

auteurs, s'appuie sur les observations présentées par le Tribunat, qui a proposé la rédaction actuelle de l'art. 1867 : « Lorsque la chose, dont l'un des associés a *promis* de mettre en commun la propriété même, vient à périr avant que la mise en commun en soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise. » Ces paroles ne peuvent pas s'appliquer à l'apport d'un corps certain : la réalisation de la mise est opérée par l'effet même de la promesse d'apport. Voici un passage encore plus décisif : « Mais si la chose, dont la propriété même est mise en commun, ne vient à périr qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte en tombe alors sur la société » (1). Ici, le Tribunat parle évidemment de la promesse d'apport, puisque, d'après l'art. 1138, la propriété est transférée par le seul effet de la promesse (2).

Tout ce que nous venons de dire ne s'applique qu'à l'apport d'un corps certain. Si l'apport consiste en une somme d'argent ou en choses fongibles ou indétermi-

(1) Locré, Législation civile, t. 14, p. 510, n° 10.

(2) Toullier, 7, 458; Duranton, 17, 467; Delvincourt, 3, p. 233; Duvergier, n°s 425 et suiv.; Troplong, 2, 925 et suiv.; Aubry et Rau. 4, § 384, note 5 ; Laurent, 26, 268. Dissertation de M. Gougeon, *Revue bretonne*, 1, p. 54.

nées, l'associé supporte toujours les risques et doit réaliser sa mise, quand même les choses qu'il avait destinées à l'effectuer, viendraient à périr par cas fortuit. C'est l'application de la maxime : *Genus nunquam perit* (1).

B — *Apport de jouissance.* — L'art. 1851 est ainsi conçu : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. » La question des risques ne se pose qu'après la réalisation matérielle de l'apport, lorsqu'il porte sur la jouissance : jusque-là, la société n'a aucun droit, et aucun lien d'obligation n'est formé. Lorsque l'apport est effectué, les risques sont pour l'associé, qui joue le rôle de créancier propriétaire, tandis que la société est débitrice d'un corps certain : elle sera donc libérée par le cas fortuit, quand elle l'aura prouvé. Et si la perte est seulement partielle, s'il s'agit d'une simple détérioration, l'associé la supportera encore, et devra recevoir la chose dans l'état où elle se trouvera au moment de la dissolution de la société (2).

(1) Pothier, de la Société, n° 112; Pont, n°s 403–406.

(2) Pothier, de la Société, n° 126; Pont, n° 384 ; Laurent, 26, 270.

Lorsque la jouissance porte sur des corps certains et déterminés, la perte de ces objets, supportée par l'associé, le prive encore des bénéfices qu'il pouvait attendre ; en effet, la société est dissoute, puisque l'associé n'a plus de mise. (1). En ce sens encore, la chose est à ses risques. C'est ce que dit l'article 1867, deuxième alinéa : « La société est dissoute dans tous les cas par » la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été » mise en commun et que la propriété en est restée dans » la main de l'associé. »

L'article 1851 suppose que la société n'a qu'un simple droit sur les fruits. Mais l'apport peut consister dans un droit d'usufruit. Dans ce cas le droit d'usufruit étant un droit réel, comme le droit de propriété, l'usufruit est aux risques de la société du jour de la promesse d'apport, puisque, de ce jour, elle devient propriétaire du droit d'usufruit. L'extinction de l'usufruit sera donc supportée par la société, en ce sens que l'associé continuera à pouvoir exercer ses droits sur l'actif social. La raison de la différence dans le règlement des risques, selon que l'apport consiste en un droit de jouissance des fruits ou en un droit d'usufruit proprement dit, se trouve dans la considération suivante : lorsque l'associé

(1) Pothier, de la Société, n° 141.

apporte un droit d'usufruit, sa mise est effectuée, une fois pour toutes, le jour où l'usufruit est attribué à la société. Au contraire, lorsqu'il donne à la société une simple créance sur les fruits, l'apport ne consiste pas dans un droit sur la chose, mais dans une série de créances successives. Par la perte de la chose, la société perd le droit de créance qu'elle avait sur elle, et l'associé ne peut plus remplir son obligation : il est donc sans mise. (1)

Par exception, les risques de l'apport de jouissance sont pour la société, dans trois cas :

1° Lorsqu'il s'agit de choses qui se consomment par l'usage, parce que l'apport ne peut s'effectuer sans que l'associé perde sur elles tout droit de propriété, il devient simplement créancier de leur valeur, c'est-à-dire d'un *genus*.

2° Pour les choses qui se détériorent par l'usage, on présume aussi le transport de propriété, puisqu'il faudrait un associé trop naïf, pour consentir à reprendre des choses qui seront forcément sans valeur à la dissolution de la société.

3° Pour les choses mobilières apportées avec estima-

(1) Pont, nos 381-384; Laurent, 26, 272. — En sens contraire: Duvergier, n° 426,

tion, on présume la vente et la société supporte la perte, en sa qualité d'acheteur. (1)

(1) Duranton, 17, 409; Pont, nos 396 et 397; Laurent, 26, 273-277. — En sens contraire: Delvincourt, p. 125, note 4.

DEUXIÈME PARTIE

DES FAUTES CONTRACTUELLES.

L'art. 1136 impose au débiteur, qui s'est obligé à donner un corps certain et déterminé, le devoir de conserver la chose jusqu'à la livraison. Veiller à l'exécution de l'obligation, c'est là un effet nécessaire de toute obligation en générale, quel qu'en soit l'objet, donner, faire ou même ne pas faire. Il faut, toutefois, que, dans l'obligation de donner, la chose soit déterminée. Car, s'il s'agissait d'une chose *in genere*, il serait impossible de dire à quels *individus* devraient s'appliquer les soins du débiteur. Ajoutons une raison encore plus forte: il est sans intérêt de savoir si le débiteur d'un genre a ou non apporté des soins à la conservation de l'objet, puisque,

nous l'avons vu, la perte arrivée par cas fortuit et sans son fait ni sa faute, ne pourrait le libérer.

Quelle est la sanction du devoir de conserver la chose dont est tenu le débiteur? Le paiement de dommages intérêts au créancier. Il les doit lorsqu'il manque à son devoir de conservation: on dit alors qu'il est en faute. Reste à savoir quels caractères doit avoir le manquement au devoir, la faute, pour que le debiteur en soit tenu. Car les fautes ne sont pas toutes d'une égale gravité ; le droit, comme la morale, établit des degrés dans la faute.

L'article 1137 a pour but de décider à partir de quel degré le débiteur est responsable. Malgré ce texte, des dissentiments nombreux existent toujours parmi les auteurs sur la théorie des fautes. Le mal vient-il de sa mauvaise rédaction et est-il imputable au législateur? C'est ce que nous allons examiner. Mais, il faut, avant tout, rappeler les traditions. Ce n'est pas d'aujourd'hui, en effet, que les controverses existent sur ce sujet. Elles remontent, sinon, au droit romain, du moins à notre très-ancien droit français, à l'école des glossateurs.

Nous avons analysé ces controverses, dans la partie romaine de notre thèse ; nous n'y reviendrons pas. Qu'il nous suffise de rappeler qu'en droit romain, on distinguait le dol, la faute lourde et la faute légère.

Tout débiteur était tenu du dol et de la faute lourde, qui étaient assimilés. Cette décision est conforme à la morale : il ne peut-être permis à personne de se soustraire volontairement et de propos délibéré aux engagements qu'il a légalement contractés.

Le droit romain reconnaissait encore la faute légère, en imposant, en principe, à tout débiteur, l'obligation de veiller, comme un bon père de famille, à l'exécution de ce qu'il avait promis. Tantôt on prenait pour type du bon père de famille un être idéal dont les jurisconsultes romains avaient tracé le caractère ; tantôt on comparait le débiteur à lui-même et on ne le déclarait responsable qu'autant qu'il ne mettait pas, à remplir ses obligations, vis-à-vis d'autrui, les soins qu'il avait coutume d'apporter à ses propres affaires. Les romanistes ont dit que, dans le premier cas, la faute était appréciée *in abstracto ;* dans le second, *in concreto*. On employait l'un ou l'autre mode d'appréciation, selon que le débiteur retirait ou non un avantage gratuit du contrat. S'il était complètement désintéressé, il ne répondait, la plupart du temps, que du dol et de la faute lourde.

Tel était, suivant nous, le système admis, en général, en droit romain. Les glossateurs, d'abord, puis Cujas et son école, y ont ajouté la faute très-légère : pour l'apprécier, on comparait le débiteur au type abstrait d'un

père de famille, exceptionnellement soigneux et diligent, tel, en un mot, qu'on n'en rencontre guère. Dans l'application, on distinguait, comme en droit romain, selon que les divers contrats avaient pour objet l'utilité de l'une des parties ou leur utilité commune.

Cette théorie, dite des trois fautes, avait déjà été l'objet de vives attaques dans notre ancien droit (1).

Pothier, cependant, la soutenait encore très-fermement (2).

Le Code l'a-t-il maintenue? Un savant jurisconsulte l'enseigne, Duranton prétend que le deuxième alinéa de l'article 1137 reproduit la distinction des trois degrés de faute, telle qu'elle était formulée par Pothier. Voici comment le savant jurisconsulte réussit à découvrir les trois fautes dans l'article 1137. Le premier alinéa établit comme règle la responsabilité de la faute légère *in abstracto,* en exigeant du débiteur tous les soins d'un bon père de famille. Voilà un premier degré de faute.

Le deuxième alinéa prévoit une responsabilité plus étendue que celle de la faute légère *in abstracto*, ce ne peut être que la faute la plus légère : voilà un second degré de faute.

(1) Donneau, Comment. juris. civ., l. 16, ch. 7 et 13; Lebrun, Essai sur la prestation des fautes.

(2) Pothier, des Obligations, n° 142.

Enfin, dans ce même alinéa, l'article 1137 prévoit aussi une obligation *moins étendue*, que la responsabilité de la faute légère *in abstracto :* ce ne peut-être que la faute légère appréciée *in concreto* ou la faute grave : voilà un troisième degré de faute. Donc, en réunissant les deux parties de l'article 1137, on retrouve tout entière, la division des fautes, telle qu'elle existait dans l'ancien droit. (1)

Cette interprétation, toute ingénieuse qu'elle soit, est trop contraire aux textes et à l'esprit de la loi pour pouvoir être admise ; aucun autre auteur ne l'a, en effet, adoptée. Il suffit de lire le premier alinéa de l'article 1137 pour se convaincre que le Code civil a répudié la théorie traditionnelle des fautes. Il est ainsi conçu : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. »

Ainsi, plus de distinction entre les divers contrats, plus de division dans les fautes : la même responsabilité, celle du bon père de famille, sera appliquée à tout débiteur. La base même de l'ancienne théorie est détruite.

(1) Duranton, 10, nos 398 et 409.

Ce qui prouve encore manifestement la volonté de rompre sur ce point avec la tradition, c'est le soin qu'ont apporté les rédacteurs du Code civil à bannir de l'ensemble des dispositions du Code, les mots autrefois si usités, de *faute légère*, de *faute très-légère*. Toute cette terminologie est abandonnée. Une seule fois, l'on trouve l'expression de *faute grave* : encore est-ce dans une matière étrangère aux contrats et dans un texte rédigé avant l'article 1137, c'est-à-dire avant que nos législateurs eussent un système arrêté sur la théorie des fautes. C'est l'article 804, au Titre des Successions, qui déclare que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. Ce soin d'écarter tous les termes anciennement usités est une preuve de la ferme volonté du législateur d'innover en cette matière :

Si, maintenant, nous consultons l'esprit de la loi, nous voyons qu'il est d'accord avec sa lettre. Voici comment M. Bigot-Préameneu s'exprimait dans l'Exposé des Motifs : « Les Romains avaient cru pouvoir distinguer » les différents degrés de fautes qui se commettent dans » l'exécution des conventions. Cette division des fautes » est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique ; il n'en » faut pas moins, sur chaque faute, vérifier si l'obliga- » tion du débiteur est plus ou moins stricte, quel est

» l'intérêt des parties, comment elles ont entendu s'o-
» bliger, quelles sont les circonstances. Lorsque la
» conscience du juge a été ainsi éclairée, il n'a pas be-
» soin de règles générales pour prononcer suivant l'é-
» quité. La théorie dans laquelle on divise les fautes en
» plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne
» peut que répandre une fausse lueur et devenir la
» matière de contestations plus nombreuses. L'équité
» elle-même répugne à ces idées subtiles. On ne la re-
» connaît qu'à cette simplicité qui touche à la fois l'es-
» prit et le cœur. » (1)

Sans doute, l'expression a dépassé la pensée de l'orateur du gouvernement : il ne veut pas dire, ce que l'on pourrait croire en prenant ses paroles trop au pied de la lettre, que le législateur ne doit poser aucun principe en matière de faute. Mais on peut tirer de ce passage la conclusion que les auteurs du Code civil ont rejeté la théorie des divers degrés de fautes, parce qu'ils la trouvaient inutile et contraire à l'équité. Cette conclusion, nous la trouvons exprimée dans la première partie de l'art. 1137. Comment admettre, comme le fait Duranton, que la seconde partie ait pour but de maintenir cette théorie qu'on vient de condamner pour ses subtilités

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des Motifs, n° 32; Locré, t. 4, p. 153.

et son injustice : autant vaut dire que l'article 1137 n'a pas de sens. Le législateur pose une règle dans le premier alinéa de l'article 1137 et dans le second, il annonce qu'il se réserve d'y apporter des exceptions pour certains contrats. Est-ce qu'il entend par là abolir la règle qu'il vient de poser? est-ce qu'il est de la nature des exceptions d'anéantir la règle? Elles la confirment, au contraire : l'exception cessant, on rentre dans la règle, et la règle, nous le répétons, c'est que le débiteur n'est tenu que de la faute légère.

Selon Duranton, il n'y aurait pas d'inconvénient à suivre les règles tracées par le droit romain, que nos anciens jurisconsultes avaient pris pour guide en cette matière. Singulière théorie, il faut l'avouer ! On viole la loi, on lui substitue une interprétation fantaisiste, et on déclare qu'il n'y a à cela aucun mal. Il suffit, ce nous semble, d'énoncer de pareilles prétentions pour en faire justice.

Second système. — Un autre des premiers commentateurs du Code, a proposé un système absolument opposé. D'après Toullier, la théorie des anciens interprètes est complètement abrogée, et, sur ce point il a, selon nous, tout-à-fait raison. Mais il s'écarte de la vérité lorsqu'il déclare que tout débiteur est aujourd'hui tenu de toute espèce de faute, même de la plus légère.

Il se fonde d'abord, pour établir l'abrogation des anciens principes, sur l'art. 1137, premier alinéa, lequel, nous l'avons reconnu, se prononce en effet formellement en ce sens. Cela posé, pour démontrer que tout débiteur doit répondre de la faute la plus légère, il invoque : d'une part, les art. 1147 et 1148, qui imposent au débiteur toute responsabilité autre que celle des cas fortuits ou de force majeure ; d'autre part, les art. 1382 et 1383, qui étendent la responsabilité même à une simple négligence ou imprudence. « Le code n'excepte pas les moindres soins ; il les exige tous, dit Toullier. Donc, conclut-il, le débiteur répond de la faute la plus légère, pourvu qu'elle puisse lui être imputée. Ainsi, quoique toutes les fautes ne soient pas égales en morale, ni aux yeux de la loi, lorsqu'il s'agit de les punir, toutes sont égales lorsqu'il s'agit de réparer le dommage qu'elles ont causé. » (1)

Proudhon, dans son Traité de l'usufruit, a très-bien réfuté l'opinion de Toullier. Nous allons essayer de reproduire en substance son argumentation (2).

Il y a plusieurs réponses, également péremptoires, à faire au système de Toullier. Il s'appuie sur les termes

(1) Toullier, t. 3, nos 232 et 233.

(2) Proudhon, De l'usufruit, t. 3, p. 479 et suiv.

de l'article 1137. « Tous les soins d'un bon père de » famille » pour déclarer que le débiteur est tenu de la faute la plus légère. Mais, pour l'imposer au débiteur, le législateur aurait dû dire « tous les soins du père de » famille *le plus diligent.* » Car, celui-là seul, dans l'ancien droit était tenu de la faute la plus légère. Il se borne à exiger tous les soins d'un *bon* père de famille : dans le langage traditionnel, cela veut dire que le débiteur est simplement tenu de la faute légère *in abstracto.*

Toullier invoque aussi les articles 1147 et 1148 : ces textes n'ont pas pour but de déterminer le degré de faute dont doit répondre le débiteur. Ils décident simplement, le premier : que, pour s'exonérer du paiement de dommages-intérêts, le débiteur doit prouver qu'il n'a commis aucune faute qui puisse lui être imputée ; ce qui laisse supposer qu'il y a des fautes dont il ne répond pas et ce qui équivaut à un renvoi à l'article 1137. Le second, que le débiteur est complètement libéré, lorsqu'il est victime d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Vouloir tirer de ce texte un argument *a contrario* pour décider que le débiteur répond de toute faute, c'est faire dire au législateur ce qu'il ne dit pas. Ce texte statue uniquement sur le cas fortuit et la force majeure : il ne s'occupe pas de la faute, et il n'avait pas à s'en occuper, puisque l'article 1137 venait de tracer la règle.

Ce n'est pas l'article 1137 seulement qui résiste à l'idée que le débiteur soit tenu de la faute la plus légère : ce sont encore les articles 1374, 1927, 1928, 1992, qui déclarent que le gérant d'affaires, le dépositaire, le mandataire, ne sont pas tenus de toutes les fautes qu'ils commettent.

La règle de Toullier serait d'ailleurs véritablement draconienne : comment admettre que le dépositaire soit responsable d'une faute très légère que le déposant aurait lui-même commise très probablement, s'il avait gardé la chose par devers lui ?

Toullier invoque aussi les articles 1382 et 1383 : ici son erreur est manifeste et ces textes doivent être écartés complètement du débat. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer leur place dans le Code : ils se trouvent placés, non pas au titre des obligations conventionnelles, mais sous celui des *engagements qui se forment sans convention* et sous la rubrique du chapitre « *des délits et des quasi-délits.* » Ils s'appliquent donc à une matière complètement différente de celle des obligations conventionnelles, qui nous occupent. Le Code civil, comme le droit romain, distingue avec soin deux catégories de fautes : les fautes *contractuelles*, qui se commettent dans l'exécution des conventions, et les fautes *aquiliennes* (ainsi nommées parce qu'elles ont leur

source dans la loi *Aquilia*), qui sont commises à l'occasion des engagements formés sans convention. A ces deux ordres de fautes correspondent deux principes de responsabilité différents : dans le premier, le débiteur ne répond que de sa faute légère ; dans le second, le débiteur répond de sa faute même la plus légère. Appliquer la responsabilité attachée à la faute aquilienne, aux obligations conventionnelles, c'est donc confondre deux principes que le Code déclare absolument différents.

Cette différence est, d'ailleurs, très-raisonnable. Le délit civil est une atteinte à l'ordre public, le quasi délit intéresse également la sécurité des personnes ; ils peuvent avoir pour conséquence la mutilation ou la mort : le législateur a le devoir strict de déployer une grande sévérité, non-seulement pour indemniser les victimes d'un préjudice énorme, mais surtout pour obtenir des particuliers une vigilance sérieuse et réelle, qui rendent ces accidents aussi rares que possible. La faute commise dans l'exécution d'un engagement est loin d'avoir la même gravité ; ses conséquences sont purement pécuniaires ; le dommage étant infiniment moins redoutable, le législateur devait se montrer beaucoup moins sévère. Ajoutons que le créancier qui stipule une chose ou un fait, outre qu'il contracte en toute liberté, a le droit d'imposer au débiteur la responsabilité de la faute même la

plus légère, même celle des cas fortuits : à lui de prendre ses précautions et de veiller à ses intérêts ; le législateur n'avait à lui assurer qu'un minimum convenable de garanties. Dans les délits et les quasi délits civils, au contraire, le créancier n'est plus libre de contracter, il n'est plus maître de poser ses conditions : il acquière sa créance à son insu. Ici, le législateur a le devoir de veiller à ses intérêts et de lui assurer une réparation adéquate, une indemnité complète. Toullier a donc eu grand tort de confondre deux ordres d'idées qui diffèrent entièrement : c'est là la cause principale de son erreur sur ce système admis par le législateur en matière de fautes conventionnelles.

Troisième système.— Une troisième opinion distingue deux espèces de faute. Le Code aurait reconnu une faute grave, qu'on doit apprécier eu égard à la diligence considérée *in concreto* ; et une faute légère qu'il faut apprécier eu égard à la diligence considérée *in abstracto*. Car, disent les partisans de cette doctrine, les termes « soins d'un bon père de famille » ne désignent pas une appréciation immuable, invariable de la faute ; ce qui le prouve, c'est que l'article 1137-2° nous apprend que cette diligence, exigée dans tous les contrats, est dans les uns exigée à un degré plus élevé, dans les autres, au contraire, appréciée avec plus d'in-

dulgence. La diligence dont parle l'article 1137 consiste à agir, dans l'exécution du contrat, d'une façon consciencieuse, à s'appliquer avec soin, zèle et bonne foi à la garde de la chose ou à l'administration de l'affaire dont on s'est chargé par le contrat. Mais cette diligence s'apprécie différemment selon les divers contrats, c'est ce qu'explique l'alinéa second de l'article 1137.

Et cette appréciation, susceptible de plus ou de moins, se fera d'après la distinction, indiquée plus haut, entre la faute *in abstracto* et la faute *in concreto* ; la première s'estimant d'après la diligence d'une personne qui, attentive et soigneuse dans l'administration de ses affaires, y emploie toute sa capacité naturelle ; elle est imposée à celui dont l'intérêt est engagé dans le contrat, soit seul, soit en même temps que l'intérêt de l'autre partie ; la seconde s'appréciant d'après l'attention habituelle que le débiteur donne à ses propres affaires ; elle est imposée à celui dont l'intérêt n'est pas engagé dans ce contrat. (1)

Nous repoussons encore cette théorie, qui interprète en deux sens distincts et opposés cette expression « soins d'un bon père de famille » qui ne peut avoir

(1) Alban d'Hauthuille, *Revue de législation*, t. 2, p. 269, 342 et 354 ; Troplong, de la Vente, 1, n°s 361–399 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t 3, p. 499.

qu'une signification. Elle substitue au type du bon père de famille le débiteur lui-même, c'est-à-dire qu'elle dédouble la règle unique d'appréciation établie par le Code. Enfin et surtout, elle fait revivre l'ancienne division des fautes d'après l'intérêt que les parties ont au contrat, division qui a été si nettement condamnée dans l'Exposé des Motifs.

Quatrième système. — Il présente une certaine analogie avec celui que nous venons d'exposer. Comme lui, il admet que, d'après l'article 1137, il existe deux sortes de fautes : la faute grave, appréciée *in concreto*, et la faute légère, appréciée *in abstracto*. La première constitue un minimum de responsabilité dont le débiteur est toujours tenu ; la seconde, un maximum que le juge ne pourra jamais dépasser dans l'appréciation. Jusqu'ici il n'y a pas de différence sensible avec la doctrine précédente. Mais voici où elles se séparent : celle que nous exposons actuellement n'admet pas la distinction des fautes suivant que la convention a pour objet l'utilité d'une seule des parties ou de toutes les deux (1).

Ce système est certainement préférable à l'autre, en ce qu'il respecte l'abolition prononcée par l'article 1137 de l'ancienne distinction des fautes d'après l'utilité des

(1) Zachariæ, Aubry et Rau, t. 3, p. 67-68, Larombière, t. 1, art. 1137 n° 4.

contractants; mais il est encore contraire au texte en reconnaissant en règle deux degrés dans la faute, en établissant un autre terme de comparaison que le bon père de famille et en admettant que la responsabilité édictée par le premier alinéa du texte peut ne pas exister dans certains cas laissés à l'arbitraire du juge.

Cinquième système. — Suivant un auteur éminent, le Code n'aurait abrogé de l'ancienne doctrine que ce qu'elle avait de scolastique et de subtil. Au lieu de tarifier d'avance toutes les responsabilités, il aurait conféré aux magistrats, d'une façon générale, un pouvoir discrétionnaire, pour apprécier, d'après la nature des différents contrats et en recourant même aux distinctions anciennes les divers degrés de responsabilité. (1)

Il nous semble impossible que le législateur, après avoir aboli, comme injuste, l'ancienne théorie des fautes, ait laissé aux tribunaux le pouvoir de l'appliquer de nouveau. C'aurait été rétablir, en fait, ce qu'il venait de répudier avec éclat, en principe. Aussi le deuxième alinéa de l'article 1137 ne confère-t-il pas au juge ce pouvoir.

Selon nous, il y a, dans l'article 1137, une règle et une exception. La règle se trouve contenue dans le premier

(1) Demolombe, 24, 411.

alinéa de l'article 1137 : Il n'y a plus de faute très légère, il n'y a plus de faute grave, il n'y a plus qu'une seule faute, la faute légère, qui s'apprécie d'une seule manière, en comparant la diligence qu'a déployée le débiteur à celle du bon père de famille : cette faute, qui dans le langage traditionnel, s'appelle la faute légère *in abstracto*, tout débiteur en est tenu, quelle que soit la nature de son obligation, donner, faire ou ne pas faire. Voilà la règle. Elle est précise, elle est formelle. Elle résulte avec évidence de la première partie de l'article 1137 et du rapport fait au Tribunat par le tribun Favard. (1)

Passons maintenant à l'exception. Elle est contenue dans le deuxième alinéa de l'article 1137, qui est ainsi conçu : « Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. »

Ainsi dans certains cas et relativement à certains contrats qu'elle détermine, la loi établit une responsabilité autre que celle qui est définie dans le premier alinéa. Il n'est pas question de pouvoir discrétionnaire accordé au juge. C'est la loi qui se réserve de décréter les exceptions comme elle a décrété la règle. Donc, la règle reste applicable dans tous les cas où la loi n'y déroge

(1) N° 32, Locré, t. VI p. 195.

pas, dans tous les contrats non exceptés. Et le juge a l'obligation de l'appliquer, en examinant dans chaque cas ce qu'aurait fait un bon père de famille ; si le débiteur est resté au-dessous de ce qu'on devait attendre de ce sage administrateur, il sera responsable.

L'article 1137, ainsi entendu, nous paraît renfermer une disposition excellente. Le législateur a su éviter les deux écueils de cette matière difficile. Il n'a pas tarifé *à priori* les responsabilités diverses, comme on le faisait dans l'ancien droit. Il a compris qu'il était impossible, dans un sujet qui ne soulève que des questions de fait, de procéder, selon l'heureuse expression de Proudhon (1), avec la règle et le compas, comme s'il s'agissait d'estimer la grosseur ou la petitesse d'un corps physique. Il a su, en conséquence, tout en posant une règle, laisser au juge une latitude suffisante pour éviter la subtilité et l'injustice.

Mais, d'autre part, il n'a pas tout abandonné à l'arbitraire du juge : la règle existe et celui-ci devra l'appliquer. Maintenant, le Code ne trace pas le portrait du bon père de famille : il ne le pouvait pas, car sa ligne de conduite varie avec les circonstances de fait de chaque espèce.

L'article 1137, en déclarant que l'appréciation de la

(1) De l'Usufruit, t. 3, n° 1496.

faute se fait par comparaison d'avec le type abstrait du bon père de famille, écarte par là même l'appréciation de la responsabilité d'après le caractère du débiteur lui-même : en d'autres termes et pour employer le langage de l'Ecole, l'appréciation se fait toujours *in abstracto*.

Toujours, disons-nous ; aussi bien lorsque le débiteur est d'un caractère plus diligent que le bon père de famille, que quand il est au contraire, d'un caractère plus négligent.

Le débiteur administre-t-il ses affaires avec un soin exceptionnel, il ne sera pas tenu d'exécuter le contrat avec cette diligence extraordinaire : il suffira, pour mettre sa responsabilité à couvert, qu'il remplisse son obligation avec les soins d'un bon père de famille. C'est tout ce qu'il a promis en contractant, c'est tout ce que la loi exige de lui.

Cependant des auteurs d'un grand crédit enseignent qu'il ne suffirait pas à un débiteur, qui s'est montré moins soigneux pour l'affaire d'autrui que pour les siennes, de soutenir et d'établir qu'il a donné à l'exécution de l'obligation les soins d'un bon père de famille ordinaire : selon eux, il n'en devrait pas moins être condamné. (1)

(1) Demolombe, 24, 411 ; Aubry et Rau, 4, § 388, note 30.

Sans doute, nous le reconnaissons, le droit romain voyait une faute grave dans une pareille conduite. Mais l'article 1137 a rejeté ces principes aussi bien que ceux de l'ancien droit. Le Code n'admet qu'un seul criterium, qu'une seule pierre de touche pour évaluer la responsabilité du débiteur : c'est le type du bon père de famille.

N'est-ce pas distinguer où la loi ne distingue pas que de permettre au juge de prendre le débiteur lui-même pour terme de comparaison ? N'est-ce pas faire deux règles, là où la loi n'en a établi qu'une, toujours identique, quelle que soit la diligence propre du débiteur ? Nous croyons que c'est, en effet, se montrer plus exigeant que le législateur et, selon nous, l'interprète n'a pas ce droit. (1)

L'article 1137 ne s'applique-t-il qu'aux obligations conventionnelles ? cela semblerait résulter de la place occupée par ce texte. Mais, comme le Code n'a pas formulé de règles spéciales pour les quasi-contrats, on admet unanimement que la règle de l'article 1137 s'applique à tous les engagements, de quelque manière qu'ils soient formulés, sauf à ceux qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit.

Maintenant que nous connaissons la portée de la règle, nous allons passer à l'examen des exceptions qui sont

(1) Laurent, 16, 220.

annoncées dans le deuxième alinéa de l'article 1137. Quant à l'application de la règle elle-même, nous n'en dirons rien : elle ne soulève que des questions de fait, qui ne nous paraissent pouvoir être résolues que d'après les circonstances de chaque espèce.

D'après les termes de l'article 1137-2°, le législateur a dû faire à la règle de la première partie de ce texte des exceptions de deux sortes : les unes ayant pour but d'étendre la responsabilité ordinaire et normale du débiteur, les autres de la diminuer. Nous nous occuperons successivement des unes et des autres.

A. Exceptions qui ont pour but d'étendre la responsabilité normale du débiteur.

Cette première catégorie d'exception ne nous retiendra pas longtemps. En effet, malgré les termes très-formels de l'article 1137, on chercherait vainement, dans les différents titres relatifs aux contrats, un cas où la responsabilité du débiteur soit plus rigoureuse qu'elle ne devrait l'être d'après la règle générale. On en cite un cependant : c'est au chapitre du prêt à usage ou commodat. L'article 1882 porte : « Si la chose prêtée périt par cas fortuit, dont l'emprunteur aurait pu la garantir, en employant la sienne propre, ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a conservé la sienne, il est tenu de la perte de l'autre. » Nous avons déjà expliqué

cette disposition en nous occupant de la théorie des risques : la loi impose là à l'emprunteur une obligation spéciale, un devoir de délicatesse, fondé sur la reconnaissance dont il est tenu vis-à-vis du prêteur : il ne s'agit pas de diligence, de soins apportés à la conservation de la chose ni de faute, puisque l'on prévoit un cas fortuit. Cela est si vrai que l'article 1880, au même chapitre, applique purement et simplement au commodataire la règle de l'article 1137 en le déclarant uniquement tenu de veiller, en bon père de famille, à la conservation de la chose. Donc, l'article 1882 est une disposition absolument exorbitante, une exception à la responsabilité ordinaire du commodataire, qui doit être restreinte à l'hypothèse même qu'elle prévoit (1).

Mais alors, comment expliquer la disposition de l'article 1137 : « Cette obligation est *plus* ou moins étendue, » si, nulle part, dans le Code, nous ne voyons qu'elle le soit davantage ? Au moment où le législateur a rédigé l'article 1137, il n'avait pas encore déterminé la responsabilité du débiteur dans les obligations qui naissent des divers contrats : il supposait que, pour certains contrats, il exigerait des soins plus scrupuleux. Mais il n'a pas mis

(1) Aubry et Rau, t. 4, § 308, note 30; Laurent, 16, 227. En sens contraire : Duranton, 10, n° 412; Colmet de Santerre, 5, n° 54 *bis*, 11.

son projet à exécution, il n'a rien édicté de semblable. L'article 1137 reste donc sans application, en tant qu'il parle d'une responsabilité plus étendue que la normale. Il annonçait des exceptions, elles n'ont pas été faites. La phrase reste absolument sans portée.

B. Exceptions qui ont pour but de diminuer la responsabilité normale du débiteur.

Il y en a trois : la première concerne le gérant d'affaires ; la seconde, le dépositaire ; la troisième, est établie en faveur du mandataire. Examinons-les séparément :

1° *Responsabilité du gérant d'affaires.*

En principe, il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, tous les soins d'un bon père de famille. L'art. 1374 reproduit les expressions de l'art. 1137. Donc, la règle, c'est que le gérant est tenu de la faute légère *in abstracto*. Mais l'art. 1374 y fait une exception dans son second alinéa ainsi conçu : « Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient de la faute ou de la négligence du gérant. » Si le gérant s'est immiscé dans le patrimoine d'autrui dans une pensée charitable, pour éviter une catastrophe qui menaçait le maître et que son intervention seule a évitée, alors la loi retranche

de sa rigueur et n'apprécie plus ses actes avec sa sévérité habituelle. Mais, quelle sera au juste, dans ce cas, sa responsabilité ? La loi ne la fixe pas elle-même, elle ne pouvait pas la préciser, tout dépend des circonstances. Elle s'en remet au juge, à son expérience, à son équité, et lui accorde un pouvoir discrétionnaire. Il pourra, selon la faveur de la cause, apprécier la conduite du gérant en prenant comme terme de comparaison sa diligence habituelle, et ne lui demander compte que de sa faute légère *in abstracto* ; il pourra même se montrer encore plus indulgent et ne le condamner que pour ses fautes graves. Tout dépend des circonstances, et les magistrats ont ici un pouvoir souverain d'appréciation.

2° *Responsabilité du dépositaire.*

L'art. 1927 est ainsi conçu : « Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. » Le dépositaire n'est donc pas tenu, en principe, de la responsabilité normale, de la faute légère *in abstracto*. Il n'a pas à apporter à la garde de la chose déposée, les soins d'un bon père de famille, il lui suffit d'être aussi diligent qu'il l'est pour ses affaires propres ; c'est-à-dire qu'il ne répond que de la faute légère *in concreto*. Quel est le motif de cette indulgence du législa-

teur? Il est facile à saisir. Le dépositaire rend un service gratuit, complètement désintéressé : Si on l'obligeait à se mettre en frais de surveillance, à sortir de ses habitudes, on ne trouverait plus personne qui consentît à recevoir un dépôt.

La preuve que telle est bien la raison de l'atténuation de la règle, c'est que l'art. 1928 déclare que la responsabilité du dépositaire sera plus rigoureuse, s'il a stipulé un salaire. Qu'est-ce à dire? Les expressions de l'art. 1928 équivalent, selon nous, à un retour à la règle de l'art. 1137. Nulle part, dans le code, on ne trouve de responsabilité plus rigoureuse, sauf dans la disposition tout-à-fait spéciale de l'art. 1882. L'art. 1928 n'a évidemment pas entendu s'y référer. Il faut donc décider, selon nous, que dans les quatre hypothèses prévues par ce texte, le dépositaire répondra de la faute légère *in abstracto*, des soins d'un bon père de famille. La formule de la loi n'est pas assez précise pour conférer aux magistrats un pouvoir discrétionnaire.

3° *Responsabilité du mandataire.*

Elle varie, suivant que le mandat est salarié ou gratuit.

A. Le mandat est salarié. — L'article 1992 porte :

« Le mandataire répond non-seulement du dol, mais » encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. — » Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est » appliquée moins rigoureusement à celui dont le man- » dat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. » Il résulte du rapprochement des deux parties de ce texte que le premier alinéa s'occupe du mandataire salarié. Il répond de ses fautes. Ce ne peut être que de la faute telle qu'elle est définie dans la disposition générale de l'article 1137. Le mandataire salarié est donc sous l'empire de la règle commune et tenu de remplir son mandat avec tous les soins d'un bon père de famille.

B. Le mandat est gratuit. — Il faut appliquer, dans ce cas, au mandataire, la responsabilité moins rigoureuse de l'article 1192-2°. Une responsabilité moins rigoureuse que celle de la faute légère *in abstracto* ne peut être que celle de la faute légère appréciée *in concreto*, puisque le Code ne limite pas la responsabilité à la faute grave. Nous avons, il est vrai, reconnu que le juge pourrait ne pas en exiger davantage du gérant d'affaires. Mais l'article 1374 accorde aux magistrats un pouvoir discrétionnaire que ne leur concède pas l'article 1992-2°. Ce qui nous confirme dans l'idée que ce texte a en vue la faute légère *in concreto*, et qu'il suffit au mandataire gratuit d'apporter, à l'exécution de son mandat,

les soins qu'il met dans la gestion de ses intérêts, c'est que l'art. 1928 impose précisément cette responsabilité au dépositaire. Or, si l'on compare le rôle du dépositaire gratuit et du mandataire gratuit, on voit qu'il est logique de leur demander la même diligence. Le mandataire est même plus favorable, car il rend un service actif, il paie de sa personne, tandis que le dépositaire joue un rôle purement passif: il prête simplement l'usage de son local ou de son coffre-fort.

On chercherait vainement d'autres exceptions qui diminuent la responsabilité imposée en principe, par l'art. 1137, à tout débiteur. Nous ne parlerons que pour mémoire de la responsabilité de l'héritier bénéficiaire, qui n'est tenu que de la faute grave (art. 804). Il s'agit, en effet, d'une matière étrangère aux obligations conventionnelles, et il n'y a pas d'autres textes du code où l'on retrouve cette expression.

On le voit, dans deux cas, le législateur n'impose au débiteur que la responsabilité de la faute légère *in concreto*; dans un autre cas, il donne au juge un plein pouvoir d'appréciation. En dehors de ces hypothèses, faut-il s'en tenir strictement à la règle de l'article 1137 ? ou peut-on appliquer cette responsabilité exceptionnelle aux hypothèses qui présentent de l'analogie avec celles prévues par le Code? MM. Aubry et Rau soutiennent

cette dernière opinion. « La disposition de l'article 1137, alinéa premier, disent les savants auteurs, doit s'appliquer non-seulement aux hypothèses pour lesquelles elle a été rappelée, soit explicitement, soit implicitement, mais en général à toutes les hypothèses dans lesquelles elle n'a pas été modifiée par une disposition exceptionnelle. Si, cependant, il existait une similitude parfaite entre une hypothèse régie par une de ces dispositions exceptionnelles, et une autre hypothèse sur laquelle le Code garde le silence, on pourrait, selon nous, appliquer à cette dernière, la modification introduite à l'occasion de la première. C'est ainsi, par exemple, que la disposition de l'article 804 nous paraît devoir être étendue à l'associé qui gère, sans mandat spécial et exprès, les affaires sociales et à l'héritier qui administre une succession indivise. Mais nous ne pouvons admettre, avec M. d'Hauthuille, qu'il faille également l'étendre au mari, administrateur légal ou usufruitier des biens de sa femme. » (1)

Le système préconisé par les savants éditeurs de Zachariæ, présente un danger, que fait très bien ressortir M. Laurent, et que mettent en évidence les dernières lignes du passage que nous venons de citer. Autoriser

(1) Aubry et Rau, t. 4 § 308, note 28; Alban d'Hauthuille, *Revue de législation*, t. 2 p. 354.

l'extension des exceptions par voie d'analogie, c'est exposer la règle à être étouffée sous les nombreux cas d'analogie trouvés sans peine par l'esprit fécond des interprètes. Nous n'avons cité que deux auteurs : MM. Aubry et Rau et d'Hauthuille : ce dernier voit des analogies où les autres n'en découvrent pas, c'est-à-dire que chacun fait la loi à sa guise. Autant vaudrait dire que les magistrats seront souverains appréciateurs. Or, ce n'est sans doute pas pour cela que l'article 1137 a été édicté. Le législateur renvoie expressément, dans ce texte, aux modifications qu'il apportera à la règle relativement à certains contrats. Donc, il n'y a d'autres exceptions que celles qu'il y a faites lui même en termes formels. (1)

Bien entendu, la règle de l'article 1137 n'est pas d'ordre public : les parties peuvent y déroger et régler comme elles l'entendent l'étendue de la responsabilité du débiteur. L'article 1772, qui, bien que placé au titre du louage, édicte une règle générale, l'autorise même à prendre à sa charge les cas fortuits. Ce n'est qu'à défaut de conventions spéciales, et à titre d'interprétation de la volonté présumée des parties qu'on applique les décisions du Code civil sur la matière des fautes. Toutefois,

(1) Laurent, 16, 226.

de même qu'en droit romain, il était défendu de convenir qu'on ne répondrait pas de son dol, nous devons admettre, en droit français aussi, une limite à la toute puissance de la volonté des parties. Stipuler l'impunité du dol, ce serait violer l'article 6 du Code civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

Après avoir traité des fautes commises par le débiteur, à raison de l'exécution ou de l'inexécution d'un engagement pris par lui, il nous reste à parler de la responsabilité du débiteur mis en demeure d'exécuter son obligation.

La demeure est la constatation légale du préjudice causé au créancier par le retard que met le débiteur à remplir son obligation. Aux termes de l'article 1139 : « Le débi-
» teur est constitué en demeure, soit par une somma-
» tion ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet
» de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit
» besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le
» débiteur sera en demeure. »

Ainsi le débiteur est en demeure :

1° Lorsque le créancier l'interpelle d'exécuter son obligation par une sommation ou par un autre acte équivalent. La sommation se fait par le ministère soit d'un huissier, soit d'un notaire : l'usage de la pratique

est constant en ce sens. Quels sont les autres actes équivalents ? on est d'accord pour reconnaître que la mise en demeure peut aussi résulter d'un commandement, d'une citation en justice, qui témoignent, mieux encore que la sommation, de la volonté et de l'intérêt du créancier d'exiger l'exécution immédiate de l'obligation. De même, pour la citation en conciliation, lorsqu'elle est suivie d'une demande judiciaire formée dans le mois. A cette condition, la citation en conciliation fait courir les intérêts : or les intérêts, quand ils n'ont pas été stipulés, ne sont dus que si le débiteur est en demeure. Une reconnaissance du débiteur, attestant son retard authentique ou sous-seing privé, aurait encore cet effet. L'esprit de l'article 1139 veut que le débiteur soit mis en demeure, toutes les fois qu'il sait, par un acte écrit, que le créancier a intérêt à ce que l'obligation soit immédiatement exécutée. Mais, la loi exige un acte : aussi, une interpellation verbale, une reconnaissance orale ne suffiraient pas. En exigeant un acte, le Code civil a voulu écarter les incertitudes et les dangers de la preuve testimoniale.

La seule échéance du terme ne constitue plus, aujourd'hui, le débiteur en demeure. Le Code repousse la maxime absolue : *Dies interpellat pro homine*, que l'on

a considérée, à tort selon nous, comme étant d'origine romaine. (1)

Notre ancien droit français la repoussait également. Seulement, d'après l'article 1139, les parties contractantes peuvent stipuler que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme : mais cette stipulation doit être expresse. C'est une dérogation à l'ancien droit français qui, même en ce cas, n'admettait pas que le débiteur fût en demeure. (2)

La loi constitue le débiteur en demeure, de sa propre autorité, lorsque la chose que le débiteur s'est obligé de donner ou de faire ne peut être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. Ainsi, un *impresario*, qui ne doit passer que quelques jours dans une ville, fait marché avec un entrepreneur, pour lui construire un local pour tel jour. Si, au jour dit, la construction n'était pas achevée, le débiteur serait en demeure, l'entrepreneur donnerait des dommages-intérêts. (Art. 1146.)

La loi considère également le voleur comme étant de plein droit en demeure de rendre la chose qu'il a dérobée. (Art. 1302.)

(1) Pothier, Obligations, n° 144.

(2) Merlin, Répertoire, v° Clause comminatoire.

De même encore, pour le créancier prétendu qui a reçu, de mauvaise foi, une chose qui ne lui était pas due. (Art. 1378.)

Le principal effet de la mise en demeure, outre l'obligation de payer des dommages-intérêts, est de mettre les risques, c'est-à-dire la responsabilité des cas fortuits, à la charge du débiteur. (Art. 1138.) La chose périt-elle après la mise en demeure, la perte est pour lui. Quel est le motif de cette dérogation au principe que nous avons reconnu vrai, *res perit creditori ?* C'est que le débiteur, qui est en demeure, est aussi en faute. Il n'a pas exécuté toutes ses obligations. On présume que si le débiteur avait livré la chose déterminée au créancier au moment où il le devait, elle n'eût point péri : il est donc juste qu'il soit responsable de la perte arrivée postérieurement à la mise en demeure. Mais la présomption qui pèse sur le débiteur admet la preuve contraire. C'est ce que déclare l'article 1302: « Lors même que le débiteur » est en demeure et lorsqu'il ne s'est pas chargé des cas » fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose » fût également périe chez le créancier, si elle lui eût » été livrée. » Pourquoi le débiteur est-il déchargé dans ce cas? C'est que la demeure ne cause alors aucun préjudice au créancier; il ne souffre pas du retard mis par le débiteur à exécuter son obligation. Or, nous l'avons

dit, la demeure n'a d'effet qu'autant qu'elle constate un dommage éprouvé par le créancier.

Cependant le débiteur répond toujours de la perte, si sa mise en demeure résulte d'un délit, par exemple, si c'est un vol qui le constitue débiteur. En commettant le vol, il a pris à sa charge tous les cas fortuits ; il est juste que, comme punition de son délit, il soit soumis à la responsabilité la plus rigoureuse et la plus étendue.

Aussi, nous ne pensons pas qu'on doive admettre en sa faveur le moyen de justification accordé par l'article 1302 n° 2, au débiteur en demeure et lui permettre de prouver que la chose eût également péri chez le propriétaire. Les termes dans lesquels l'art. 1302 lui impose les risques de la perte sont si formels qu'ils n'admettent aucune distinction : « de quelque manière que la chose » ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas » celui qui l'a soustraite de la restitution du prix. » Dans tous les cas, il doit rembourser le prix. Et le rapprochement du deuxième et du quatrième alinéa prouve que le législateur a entendu refuser au voleur la chance de la libération qu'il accordait au débiteur en demeure. S'il avait voulu les mettre sur la même ligne, il aurait placé la disposition, qui constitue le deuxième alinéa, à la fin de l'article, de manière à ce qu'elle s'étendit au voleur. Il ne l'a pas fait et, tout au contraire,

après avoir dit que le débiteur mis en demeure ne supporterait pas, dans un cas déterminé, la perte, il l'impose au voleur « de quelque manière que la chose ait » péri. » Par respect pour la justice, il ferme la bouche au voleur et ne lui permet pas de se justifier. L'interprétation que nous donnons à la disposition finale de l'art. 1302 est, du reste, conforme à la doctrine de Pothier, à qui cette disposition a été empruntée. (1)

Nous ajoutons que cette solution nous paraît juste, et qu'il n'y a rien d'excessif à imposer au voleur une responsabilité égale à celle que le débiteur peut prendre conventionnellement à sa charge: la loi, en disposant ainsi, exerce sa mission de sauvegarde et de protection sociale.

(1) Des Obligations, 664.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I.

Dans la vente pure et simple d'un corps certain, les risques sont pour l'acheteur.

II.

Le vendeur sous condition résolutoire supporte en ce cas, les risques, lorsque la condition se réalise.

III.

Sous Justinien, dans le dernier état du droit romain, les risques sont à la charge de l'acheteur, lorsque la vente est faite sans écrit, alors même que l'on a donné des arrhes.

IV.

Quand un associé a promis de mettre en commun un

corps certain, la perte fortuite, arrivée entre le contrat et la tradition, sera pour la Société.

V.

Le mandataire est tenu, dans l'exécution de son mandat, de la *culpa levis in abstracto*.

VI.

Le débiteur conventionnel n'a jamais été tenu, en droit romain, de la *culpa levissima*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I.

La maxime : *res perit creditori*, reçoit son application sous l'empire du Code civil.

II.

En cas d'incendie ou de vol de la chose due, le débiteur doit prouver qu'il n'est pas en faute.

III.

Dans le prêt à usage, l'emprunteur ne supporte pas les risques, lors même que la perte est la conséquence du prêt.

IV.

Dans l'obligation alternative, lorsque les deux objets périssent, le premier par la faute du débiteur, le second par cas fortuit, le débiteur n'est pas libéré: il supporte les risques.

V.

Dans l'obligation sous condition suspensive, portant sur un corps certain, le créancier a le droit de demander la résolution, dès qu'il existe une détérioration juridiquement appréciable.

VI.

Dans la vente sous condition résolutoire, la perte, même totale, survenue *pendente conditione*, doit être supportée par le vendeur, lorsque la condition se réalise ensuite.

VII.

La promesse unilatérale de vendre, est obligatoire pour le promettant, du jour où elle est acceptée.

VIII.

Dans la promesse unilatérale d'acheter, l'acheteur ne supporte ni la perte partielle, ni la perte totale survenue avant que le créancier ait déclaré sa volonté de vendre.

IX.

La promesse bilatérale de vente équivaut à une vente parfaite, et les risques sont pour l'acheteur du jour de la promesse.

X.

L'énumération faite par l'art. 1733 C. c., n'est pas limitative, et le preneur est admis à prouver, par tous les moyens, qu'il n'est pas en faute.

XI.

Les entrepreneurs supportent les risques de l'édifice par eux construit, jusqu'à la vérification ou la réception des travaux.

XII.

L'ouvrier est complètement déchargé après la réception de l'ouvrage par le maître.

XIII.

L'art. 1792 n'établit pas, contre les entrepreneurs et architectes, de présomption de faute.

XIV.

Lorsqu'un associé a promis d'apporter à la société la propriété d'un corps certain, les risques de cette chose sont pour la société, du jour de la promesse et avant toute tradition.

XV.

Lorsque l'associé a mis dans la société un droit d'usufruit, la société supporte les risques et n'est pas dissoute par l'extinction du droit d'usufruit.

XVI.

D'après l'art. 1137. le débiteur n'est tenu que de la faute légère, appréciée d'après le type du bon père de famille; il n'y a d'autres exceptions à cette règle que celles qui y sont apportées par des textes formels.

XVII.

Le voleur, chez lequel la chose volée a péri, n'est pas admis à prouver qu'elle eût également péri chez son propriétaire.

DROIT CRIMINEL.

La Cour d'appel, saisie par l'appel *a minima* du ministère public, peut acquitter le prévenu, quoique celui-ci n'ait pas appelé.

PROCÉDURE CIVILE.

L'étranger, domicilié en France avec l'autorisation du Président de la République, peut exiger d'un autre étranger, qui lui intente une action non commerciale, la caution *judicatum solvi*.

DROIT COMMERCIAL.

Un auteur qui compose et publie un recueil, pour lequel il emprunte la collaboration de rédacteurs, ne fait pas acte de commerce, alors même qu'il se sert, pour répandre son recueil, des procédés usités dans le commerce.

DROIT ADMINISTRATIF.

Le jugement opère, par lui seul, expropriation immédiate des immeubles, avant tout paiement préalable de l'indemnité ; il en résulte que la perte fortuite est pour l'administration, aussitôt après le prononcé du jugement.

DROIT DES GENS.

Un navire neutre ne peut être capturé pour violation d'un blocus qu'autant que ce blocus est effectif.

Vu par le Président de la Thèse,
J. CAUVET.

Vu par le Doyen,
C. DEMOLOMBE.

Permis d'imprimer :
Le Recteur,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

Introduction..... 1

DROIT ROMAIN

PREMIÈRE PARTIE.

DES RISQUES DANS LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

Observations générales..... 3

CHAPITRE Ier. — Des obligations unilatérales 6

CHAPITRE II. — Des obligations synallagmatiques.

§ 1er — Des obligations qui naissent du contrat de vente 11

A. Vente pure et simple..... 12

B. Vente conditionnelle..... 19

1° Vente sous condition suspensive 20

2° Vente sous condition résolutoire..... 21

§ 2. — Des obligations qui naissent du contrat de louage.

A. Louage de choses 27

B. Louage d'industrie..... 28

§ 3. — Des obligations qui naissent du contrat d'emphytéose..... 31

PAGES

§ 4. — Des obligations qui naissent du contrat de société..... 32

§ 5. — Des obligations qui naissent des contrats innommés..... 34

§ 6. — Des obligations alternatives..... 38

§ 7. — Résumé des principes du Droit romain sur les risques dans les contrats..... 42

DEUXIÈME PARTIE

DES FAUTES DANS LES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

Observations générales..... 45

§ 1er — De la responsabilité du débiteur dans les contrats de bonne foi..... 56

§ 2. — De la responsabilité du débiteur dans les contrats de droit strict..... 62

§ 3. — De la responsabilité du débiteur *in mora*.. 64

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE.

Des risques. — Principes..... 67

CHAPITRE Ier — Des obligations conventionnelles en général. 79

§ 1er — Des obligations alternatives..... 79

A. Le choix appartient au débiteur..... 81

B. Le choix appartient au créancier,..... 84

§ 2. — Des obligations conditionnelles..... 86

A. Obligations sous condition suspensive.. 87

B. Obligations sous condition résolutoire.. 92

CHAPITRE II. — Des obligations qui naissent des contrats unilatéraux..... 97

PAGES

CHAPITRE III. — Des obligations qui naissent des principaux contrats synallagmatiques.

§ 1er — Des obligations qui naissent du contrat de vente 102

N° 1. Promesses unilatérales. 108

N° 2. Promesses bilatérales 111

§ 2. — Des obligations qui naissent du contrat de mariage 115

§ 3. — Des obligations naissant du contrat de louage 124

N° 1. Louage de choses 124

N° 2. Louage d'ouvrage ou d'industrie .. . 131

§ 4. — Des obligations qui naissent du contrat de société 138

A. Apport de propriété 138

B. Apport de jouissance 143

DEUXIÈME PARTIE.

DES FAUTES CONTRACTUELLES.

Règle générale 147

Exceptions 167

1° Responsabilité du gérant d'affaires 169

2° Responsabilité du dépositaire 170

3° Responsabilité du mandataire 171

Responsabilité du débiteur mis en demeure 176

Positions 183